

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Diritti e Istituzioni

Ciclo XXXV

L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE
NEL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE DELLA PROVA IN UE

CANDIDATO: OSCAR CALAVITA

TUTORES: CHIAR.MI PROF. LAURA SCOMPARIN – PROF. STEFANO MONTALDO

COORDINATRICE DEL DOTTORATO: CHIAR.MA PROF. ILENIA MASSA PINTO

Anni Accademici 2019/2020 – 2020/2021 – 2021/2022

Settore Scientifico Disciplinare di afferenza: IUS/16

INDICE

INTRODUZIONE	VI
--------------------	----

Capitolo I

L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PROBATORIA NELL'UE: DALL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA AL MUTUO RICONOSCIMENTO

1. Premessa	1
2. Dalla Convenzione di Strasburgo al Trattato di Maastricht	2
3. Dal Trattato di Maastricht ai primi strumenti di mutuo riconoscimento	6
4. Dal Trattato di Lisbona ad oggi	12
5. L'Ordine Europeo di Indagine Penale	15
5.1. Il termine per il recepimento della Direttiva: potenziali questioni problematiche ..	17
5.2. Tecniche di recepimento della Direttiva	19
5.3. La sostituzione dei precedenti strumenti giuridici europei: la sostituzione espressa...	21
5.4. ... e le “corrispondenti disposizioni”	22
5.5. Ulteriori questioni sul regime intertemporale	28
5.6. Le notificazioni alla Commissione	32

Capitolo II

GLI OBIETTIVI E I PRINCIPI

1. Premessa	36
2. Gli obiettivi	38
3. Il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca	42
3.1. Il mutuo riconoscimento: caratteri generali	44
3.2. Il (temperato) mutuo riconoscimento della Direttiva 2014/41/UE	50
4. I principi di necessità e proporzionalità	56
4.1. Il concetto di proporzionalità: considerazioni generali	60
4.2. La necessità e la proporzionalità nell'OEI: un'endiadi?	63

INDICE

4.3. Necessità e proporzionalità tra autorità di emissione e autorità di esecuzione	67
4.4. La proporzionalità nell'ordinamento italiano.....	71
4.5. Spunti comparatistici.....	76
5. Il principio di equivalenza.....	80
5.1. Il principio di equivalenza nell'ordinamento italiano	86
5.2. Spunti comparatistici.....	92
6. Il principio di specialità.....	99
6.1. Il principio di specialità nell'ordinamento interno.....	106
6.2. ... e in altri ordinamenti	107

Capitolo III EMMISSIONE E TRASMISSIONE DI UN OEI

1. Premessa.....	112
2. Ambito applicativo.....	113
2.1. L'ambito applicativo in Italia e all'estero	120
3. Tipi di procedimento nei quali può essere emesso un OEI	125
3.1. I tipi di procedimento in Italia.....	131
3.2. ...e all'estero	134
4. Un OEI anche per la fase esecutiva?.....	135
4.1. La fase esecutiva in Italia e all'estero	137
5. L'autorità di emissione.....	139
5.1. Un pubblico ministero indipendente anche per gli OEI?	141
5.2. Le altre autorità competenti e la convalida ad opera dell'autorità giudiziaria	145
5.3. Pubblico ministero incompetente ad ordinare l'atto di indagine e riconoscimento dell'autorità di esecuzione: un binomio incompatibile	148
5.4. EPPO e OEI: un connubio (im)possibile?.....	150
5.5. L'autorità di emissione nella normativa italiana	153
5.6. Cenni comparatistici.....	157
6. Condizioni di emissione di un OEI: rinvio.....	161
7. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI	162
7.1. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Italia.....	170
7.2. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Francia	173
7.3. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Lussemburgo	175
7.4. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Spagna	176
7.5. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Portogallo	177
7.5. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Germania	179

INDICE

7.7. Brevi riflessioni comparatistiche	179
8. La trasmissione di un OEI all'autorità di esecuzione	181
8.1. L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente	183
8.2. Le modalità di trasmissione: verso l'utilizzo del Regolamento e-codex?	183
8.3. La trasmissione di un OEI nella disciplina italiana, francese, lussemburghese, spagnola, portoghese e tedesca	186
9. La lingua	189
9.1. La lingua in Italia	193
9.2. La lingua all'estero	194

Capitolo IV RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DI UN OEI

1. Premessa	197
2. L'autorità di esecuzione	198
2.1. L'autorità di esecuzione in Italia	200
2.1.1. L'esecuzione di un OEI in più distretti di corte d'appello	203
2.1.2. L'intervento del giudice per le indagini preliminari	206
2.2. L'autorità di esecuzione all'estero	209
3. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione: la verifica sulle attribuzioni dell'autorità di emissione e sui vizi dell'allegato A, nonché la comunicazione della ricezione (allegato B)	213
3.1. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione in Italia	215
3.2. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione nella disciplina degli ordinamenti stranieri	216
4. Il procedimento di riconoscimento ed esecuzione: caratteri generali, termini e obblighi di riservatezza	219
4.1. Riconoscimento ed esecuzione in Italia	223
4.2. Riconoscimento ed esecuzione in altri ordinamenti	226
5. Tra <i>lex loci</i> e <i>lex fori</i>	229
5.1. <i>Lex fori</i> e <i>lex loci</i> in Italia e all'estero	232
6. OEI "concelebrati" e responsabilità dei funzionari	235
6.1. La responsabilità dei funzionari in Italia	237
6.2. La responsabilità dei funzionari all'estero	239
7. La possibilità di ricorso a un diverso atto di indagine	240
7.1. Gli atti di indagine che devono essere necessariamente presenti in ogni Stato membro	246

INDICE

7.2. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine in Italia.....	249
7.3. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine all'estero	252
8. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI	254
8.1. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI in Italia.....	256
8.2. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI all'estero	257
9. Il trasferimento delle prove	259
9.1. Il trasferimento delle prove in Italia	260
9.2. Il trasferimento delle prove all'estero	262
10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione.....	263
10.1. Immunità, privilegi, libertà di stampa e libertà di espressione (lett. a)	264
10.2. La lesione degli interessi essenziali di sicurezza nazionale, la messa in pericolo della fonte delle informazioni e l'utilizzo di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence	267
10.3. L'OEI per procedimenti non ammessi in un caso interno analogo	268
10.4. Il ne bis in idem.....	268
10.5. Il principio di territorialità e il principio di doppia incriminazione	272
10.6. Limitazioni all'esecuzione dell'atto di indagine a una certa categoria di reati... ..	275
10.7. La violazione dei diritti fondamentali	276
10.8. (segue) Il principio di proporzionalità quale motivo di rifiuto aggiuntivo?.....	278
10.9. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione in Italia	280
10.10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione nella disciplina degli ordinamenti stranieri.....	284

Capitolo V

I DIRITTI DI DIFESA: UN ASPETTO SOTTOVALUTATO

1. Premessa.....	287
2. L'emissione di un ordine su richiesta.....	288
2.1. L'emissione di un ordine su richiesta in Italia	289
2.2. L'emissione di un ordine su richiesta all'estero.....	291
3. La <i>dual defence</i>	292
4. I costi della difesa.....	293
5. Le indagini difensive	294
6. I rimedi	297
6.1. Gavanozov II: dalla Corte di Giustizia è richiesta l'impugnabilità di ogni atto di indagine?	298
6.2. Il diritto a un rimedio effettivo: disomogeneità decisorie tra Corte di Giustizia e Corte Europea.....	302

INDICE

6.3. Legittimati attivi, modalità e tempistiche del ricorso effettivo	304
6.4. Conoscenza dell'OEI	307
6.5. Sospensione dell'esecuzione, sospensione della trasmissione delle prove e obbligo di "tenere conto"	308
6.6. I rimedi in Italia	311
6.6.1. I rimedi nella procedura passiva	311
6.6.2. I rimedi nella procedura attiva	315
6.6.3. La sospensione della trasmissione degli atti	316
6.6.4. Le ricadute di Gavanozov II nell'ordinamento interno	317
6.6.5. Gavanozov II e dovere di disapplicazione in Italia	319
6.6.6. Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di riconoscimento dell'OEI	322
6.7. I rimedi nelle legislazioni straniere e considerazioni conclusive	327
CONCLUSIONI	331
BIBLIOGRAFIA	343
APPENDICE NORMATIVA: FRANCIA	383
APPENDICE NORMATIVA: LUSSEMBURGO	399
APPENDICE NORMATIVA: SPAGNA	414
APPENDICE NORMATIVA: PORTOGALLO	439
APPENDICE NORMATIVA: GERMANIA	459

INTRODUZIONE

La cooperazione giudiziaria penale in Europa è stata oggetto di una considerevole evoluzione dal secondo dopoguerra e il nuovo millennio ha portato con sé una ancora più repentina accelerazione, in particolar modo nella c.d. “Piccola Europa”.

A tal riguardo, si è dapprima assistito alla stipula di trattati rogatoriali, come la Convenzione di Strasburgo del 1959 (con i relativi protocolli addizionali del 1978 e 2001) e la Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen del 1990; mentre i Trattati di Maastricht del 1992 e di Amsterdam del 1997 hanno cercato di porre le prime, flebili basi per una cooperazione in cui il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dovrebbe farla da padrone. Nella linea evolutiva si è altresì inserita la Convenzione di Bruxelles, la quale può essere definita una “cerniera” tra il sistema rogatorio e quello del mutuo riconoscimento, in quanto consente un’interlocazione diretta tra autorità giudiziarie, senza filtro politico (ossia il vaglio del ministro della giustizia), ma non supera ancora l’operatività del principio di reciprocità.

Il primo, fallimentare strumento spurio di mutuo riconoscimento in materia probatoria (il mandato europeo di ricerca della prova) è stato adottato con la DQ 2008/978/GAI, poi definitivamente superato dalla Direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale (OEI). Quest’ultima, in estrema sintesi, prevede che un ordine di indagine emesso in uno Stato appartenente all’UE debba essere eseguito in un altro Stato al pari di una decisione interna.

Oggetto del presente lavoro è dunque l’analisi della Direttiva 2014/41/UE nonché dell’evoluzione storica, dei principi e delle quattro fasi del “ciclo di vita” di un OEI (emissione, trasmissione, riconoscimento ed esecuzione). Non si può più, infatti, prescindere dalla sua disamina, atteso che, in un mondo in cui la globalizzazione è un dato di fatto e in un’Europa in cui la libera circolazione delle persone è ormai pacifica, l’acquisizione di prove in territorio straniero è un punto centrale nell’economia di un numero sempre maggiore di

processi penali.

L'obiettivo vuole allora essere quello di comprendere lo stato dell'arte della cooperazione in materia probatoria, di verificare da un punto di vista dogmatico (e qualora possibile anche pratico) le sfide e i problemi che la Direttiva 2014/41/UE pone e di cercare spunti per la soluzione delle questioni sollevate.

Ad eccezione del primo capitolo, dedicato alla ricostruzione storica delle tappe che hanno condotto all'adozione della Direttiva 2014/41/UE e ad alcune disposizioni *lato sensu* transitorie, i restanti quattro sono strutturati su un triplice livello: unionale, interno e comparato. Ciò anche al fine di porre in luce i punti di forza e le zone d'ombra della normativa di attuazione italiana (d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108).

Infatti, il livello unionale illustra la cornice normativa nella quale i legislatori nazionali avrebbero dovuto e devono muoversi; il livello interno intende verificare il grado di fedeltà alla Direttiva del d.lgs. n. 108 del 2017; infine, il livello comparato esamina le legislazioni di cinque Stati stranieri presi a campione, al fine di dimostrare quali tecniche di implementazione siano state ivi adottate e, quindi, fornire degli spunti utili per migliorare il d.lgs. n. 108 del 2017¹. La scelta degli Stati (Francia, Lussemburgo, Spagna, Portogallo e Germania) è stata dettata da un criterio geografico e da uno linguistico, così da abbracciare buona parte delle tradizioni giuridiche dell'Europa occidentale.

Più nel dettaglio, il primo capitolo può essere idealmente suddiviso in due macro-parti: la prima è dedicata alla ricostruzione dell'evoluzione storica della cooperazione giudiziaria penale in materia probatoria; la seconda, invece, è destinata all'analisi delle tecniche di recepimento della Direttiva, della sostituzione dei precedenti strumenti giuridici europei e delle questioni sul regime intertemporale.

Il secondo capitolo fornisce una disamina degli obiettivi e dei principi che governano l'OEI: la fiducia reciproca, il mutuo riconoscimento temperato, la proporzionalità e necessità, l'equivalenza e la specialità.

Il terzo capitolo compendia le prime due fasi dell'OEI (emissione e trasmissione) e ne analizza l'ambito applicativo, i tipi di procedimento per i quali può essere emesso, l'individuazione dell'autorità di emissione, le condizioni, il contenuto, la forma e gli elementi facoltativi di un OEI, il procedimento di trasmissione e i problemi linguistici.

¹ Qualora possibile è stata inserita in nota la norma di riferimento *in extenso*. Negli altri casi, devi intendersi implicitamente un rinvio all'appendice normativa.

INTRODUZIONE

Il quarto capitolo illustra le fasi di riconoscimento ed esecuzione e, in particolar modo, la nozione di autorità di esecuzione, le operazioni preliminari, il procedimento, le possibilità di ricorso a un diverso atto di indagine, i motivi di rinvio e di rifiuto, nonché il trasferimento delle prove e le relative modalità.

Il quinto capitolo è interamente focalizzato su vari aspetti del diritto di difesa, quali la possibilità di richiedere un OEI su istanza di indagati e imputati, la *dual defence*, i costi, le indagini difensive e i rimedi.

Infine, le conclusioni ripercorreranno i punti focali dell'intero lavoro e cercheranno di dimostrare come non manchino possibilità di miglioramento della disciplina europea e nazionale. Quanto al primo aspetto, due grandi problematiche non possono non essere evidenziate: la mancanza di armonizzazione dei sistemi processuali nazionali, che si ripercuote su diversi aspetti dell'OEI, quale, *in primis*, la tematica dei rimedi; e la mancata presa di posizione in merito alla (non) introduzione di una *exclusionary rule* europea, atteso che non sembra sufficiente il generico riferimento al «tener conto» degli eventuali rimedi azionati fruttuosamente nello Stato di esecuzione. In relazione, invece, al livello interno, si vedrà come la normativa italiana di recepimento sia, sotto molti aspetti, disallineata dalla Direttiva.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PROBATORIA NELL'UE: DALL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA AL MUTUO RICONOSCIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dalla Convenzione di Strasburgo al Trattato di Maastricht – 3. Dal Trattato di Maastricht ai primi strumenti di mutuo riconoscimento – 4. Dal Trattato di Lisbona ad oggi – 5. L'Ordine Europeo di Indagine Penale – 5.1. Il termine per il recepimento della Direttiva: potenziali questioni problematiche – 5.2. Tecniche di recepimento della Direttiva – 5.3. La sostituzione dei precedenti strumenti giuridici europei: la sostituzione espressa... – 5.4. ... e le “corrispondenti disposizioni” – 5.5. Ulteriori questioni sul regime intertemporale – 5.6. Le notificazioni alla Commissione

1. Premessa

La cooperazione giudiziaria penale in ambito probatorio (ma non solo) nell'Unione Europea ha subito un «tumultuoso»¹ processo evolutivo che ha condotto all'affermarsi, nel nuovo millennio, di un nuovo modello di cooperazione basato sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Questo ha preso il posto del tradizionale modello di mutua assistenza giudiziaria, grazie anche a un progressivo affievolimento del principio di territorialità del diritto processuale penale² e dell'assolutismo della sovranità nazionale.

Le tappe per giungere a tali approdi possono essere suddivise in “tre fasi” nel periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) del 25 marzo 1957 (c.d. Trattato di Roma): una prima che va dalla Convenzione Europea di Assistenza Giudiziaria di Strasburgo del 20 aprile 1959 (c.d. Convenzione di Strasburgo del 1959) sino al Trattato di Maastricht del 07 febbraio 1992; una seconda che

¹ In tal senso G. DE AMICIS, *Prodromi di un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 23, che ha definito tumultuoso il «susseguirsi di modifiche che normative che ha caratterizzato il passaggio dal vecchio al nuovo assetto strutturale dei rapporti di cooperazione giudiziaria penale».

² Evidenza come il diritto penale sia legato alla sovranità territoriale L.V. MIRISAN, *The European Investigation Order*, in *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*, 2018, p. 217.

si dipana da quest'ultimo sino all'entra in vigore del Trattato di Lisbona il 01 dicembre 2009, composto dai Trattati sull'Unione Europea (TUE) e sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nel corso del quale un ruolo di primaria importanza è costituito dal Consiglio europeo di Tampere del 1999; e infine una terza che comprende gli anni successivi al predetto Trattato di Lisbona sino al giorno d'oggi.

2. Dalla Convenzione di Strasburgo al Trattato di Maastricht

Tradizionalmente gli Stati nazionali sono sempre stati molto “gelosi”³ del governo del proprio territorio e delle leggi che possono trovare applicazione sullo stesso: il principio di territorialità e il dogma dell'assolutezza del diritto nazionale hanno per anni contraddistinto i rapporti giudiziari tra Stati. È per tale motivo che la cooperazione giudiziaria (a cui la CEE è inizialmente rimasta estranea), in particolar modo in materia penale, è stata tipicamente caratterizzata da una certa diffidenza e da un necessario filtro politico del Ministro della Giustizia delle richieste di mutua assistenza giudiziaria. Proprio tale filtro politico è stato per anni il fulcro del sistema rogatorio, oggi superato nell'UE dai nuovi strumenti di mutuo riconoscimento che permettono un contatto diretto tra le autorità giudiziaria dei singoli Stati membri. Si può comunque notare sin d'ora che il sistema rogatorio continua a trovare applicazione nei confronti degli Stati extracomunitari, nonché in linea di massima nei confronti di Danimarca e Irlanda che hanno esercitato la facoltà di *opt-out* nei confronti della maggior parte dei nuovi meccanismi cooperativi unionali⁴.

In breve, la rogatoria consiste in una richiesta (dal latino *rogare*: chiedere) che, per il tramite dei rispettivi Ministri della Giustizia, lo Stato richiedente trasmette allo Stato richiesto ai fini dello svolgimento di atti processuali sul territorio e seguendo le regole di quest'ultimo (*locus regit actum*).

Il primo testo normativo sovranazionale in materia di cooperazione giudiziaria post Trattato di Roma è la Convenzione di Strasburgo del 1959⁵ (e i relativi Protocolli addizionali del 17 marzo 1978 e 8 novembre 2001) che, essendo stata adottata in senso al Consiglio

³ Fa riferimento alla «gelosia» degli Stati anche P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 1291.

⁴ Per un approfondimento sul punto si rinvia a S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *Leg. Pen. Web.*, 04 febbraio 2016, p. 3.

⁵ Prima di tale Convenzione, «*bi-lateral and informal relations have existed throughout history*» (J. BLACKSTOCK, *The European Investigation Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2010, p. 481).

d'Europa, presenta una latitudine territoriale maggiore rispetto ai soli Stati membri dell'UE: essa, infatti, è oggi vincolante nei confronti di tutti i 46 Paesi che fanno parte del Consiglio d'Europa⁶, tra i quali figurano, a titolo esemplificativo, anche Svizzera, Islanda e Turchia⁷.

L'art. 1 della Convenzione in oggetto, che definisce lo spettro applicativo della stessa, obbliga gli Stati parte «ad accordarsi reciprocamente [...] l'assistenza giudiziaria più ampia possibile in qualsiasi procedura concernente reati», ma «non si applica all'esecuzione delle decisioni di arresto e di condanna né ai reati militari».

La procedura da seguire per le richieste di assistenza, come anticipato, prevede un contatto tra i Ministri della Giustizia degli Stati interessati⁸ (*id est* lo Stato richiedente e quello richiesto) e i motivi di rifiuto dell'assistenza sono ampiamente politicizzati e discrezionali. Invero, l'art. 2 della Convenzione di Strasburgo del 1959 consente il rifiuto della richiesta di assistenza in due situazioni: «a) se la domanda si riferisce a reati considerati dalla Parte richiesta come reati politici o come reati connessi con reati politici o come reati fiscali; b) se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo Paese».

La connotazione politica dell'assistenza giudiziaria in seno alla Convenzione di Strasburgo del 1959 è anche data dall'ampio numero di riserve e dichiarazioni con le quali gli Stati hanno ritenuto di aderirvi⁹; riserve che, in buona parte dei casi, riguardano motivi di rifiuto aggiuntivi rispetto a quanto previsto dall'art. 2.

Un primo, flebile passo verso quella che sarà una più forte cooperazione in ambito UE si è avuto con gli Accordi di Schengen del 1985¹⁰ che «costituiscono una importante innovazione e anticipazione di quello che sarà lo spazio penale europeo»¹¹: sia gli obiettivi di breve termine sia quelli di lungo termine iniziano timidamente a delineare quello che diverrà, nella Piccola Europa, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla base anche del

⁶ Sino al 16 marzo 2022 la Russia è stata parte del Consiglio d'Europa, ma le vicende belliche che l'hanno vista coinvolta con l'Ucraina hanno condotto Mosca a ritirarsi.

⁷ Alla Convenzione di Strasburgo del 1959 hanno recentemente aderito anche il Cile (30 maggio 2011) e la Repubblica di Corea (29 settembre 2011). A questi due Paesi, si aggiunge, quale Stato geograficamente extra-europeo, Israele (27 settembre 1967).

⁸ Fanno eccezione i casi urgenti in cui è possibile un contatto diretto tra autorità giudiziarie.

⁹ Nel dettaglio, trentatré Stati hanno formulato delle riserve (oltre ai tre territorialmente extra-europei) e quarantadue hanno formulato delle dichiarazioni (oltre ai tre territorialmente extra-europei).

¹⁰ Gli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985 (in vigore dal 2 marzo 1986) sono ufficialmente denominati «accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione Economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica Francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni».

¹¹ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, Padova, 2017, p. 6.

Terzo Pilastro del Trattato di Maastricht in materia di Giustizia e Affari Interni (GAI). Si pensi, a titolo esemplificativo, all'abolizione delle frontiere interne, a come l'art. 9 dell'Accordo di Schengen miri ad intensificare la «cooperazione fra le proprie autorità doganali e di polizia, specialmente nella lotta alla criminalità» e a come l'art. 19 intenda armonizzare le legislazioni nazionali su determinati settori che coinvolgono, direttamente o indirettamente, il diritto penale (stupefacenti, armi ed esplosivi). Tali obiettivi sono poi stati raggiunti e rafforzati ad opera della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen del 1990 (CAAS)¹², con la quale gli Stati membri hanno dato esecuzione agli omonimi Accordi del 1985.

Gli strumenti sovranazionali sin qui delineati, tuttavia, si pongono al di fuori dell'ambito UE (*rectius*: all'epoca CEE): la Convenzione di Strasburgo del 1959, come visto, è stata siglata in seno al Consiglio d'Europa, mentre gli Accordi di Schengen e la CAAS costituiscono strumenti di diritto internazionale che esulano anch'essi dall'ambito CEE¹³.

La Comunità Economica Europea, infatti, è inizialmente rimasta estranea alla cooperazione giudiziaria penale, almeno sino alla metà degli anni Settanta, periodo nel quale gli attentati “euro-terroristici” di estrema destra e sinistra¹⁴ – in particolare modo quello delle Olimpiadi di Monaco di Baviera del 1972¹⁵ – hanno condotto alla creazione, nel 1975, del c.d. “Gruppo di Trevi”. Questo era composto dai Ministri degli Interni degli Stati facenti parte della CEE e si poneva l'obiettivo di sviluppare e facilitare la cooperazione di polizia per far fronte al terrorismo (solo in un secondo momento è stato esteso anche ad altre forme di criminalità). Pertanto, il Gruppo di Trevi può essere considerato come un precursore della cooperazione giudiziaria penale nella “Piccola Europa”¹⁶.

Nello stesso periodo, per la precisione nel corso del Consiglio europeo di Bruxelles del

¹² Trattasi della «Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione» del 19 giugno 1990, in vigore dal 26 marzo 1995.

¹³ Secondo parte della dottrina il bilancio degli accordi di Schengen è «sicuramente positivo. Il processo di integrazione ha certamente beneficiato dell'interazione fra la produzione normativa delle istituzioni comunitarie e la definizione degli accordi multilaterali, che hanno costituito un valore aggiunto a questo fine. L'esperienza di Schengen appare particolarmente significativa da questo punto di vista» (G.M. FLICK, *Schengen e la costruzione dello spazio giudiziario europeo*, in https://leg13.camera.it/_bicamerale/schengen/convegni/italiasc/flick1.htm).

¹⁴ A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 208.

¹⁵ In tal senso G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 1.

¹⁶ Per una differenza tra “Grande Europa”, quella facente parte del Consiglio d'Europa, e “Piccola Europa”, quella facente parte dell'Unione Europea, v. *ex multis* F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e giustizia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 4.

5 e 6 dicembre 1977¹⁷, si è parlato per la prima volta di “spazio giudiziario penale europeo”. Secondo l'allora presidente francese Valéry Giscard d'Estaing, gli Stati membri «si sono impegnati in un processo che li deve condurre all'unione, vale a dire alla creazione di uno spazio organizzato. [...] La costruzione dell'unione dell'Europa dovrebbe dunque arricchirsi di un nuovo concetto, quello dello spazio giudiziario»¹⁸. Sebbene le proposte avanzate, per l'epoca visionarie¹⁹, non abbiano mai trovato la luce²⁰, non può non rilevarsi come l'attenzione verso la necessità di cooperazione anche a livello giudiziario stesse iniziando a porsi all'orizzonte.

Un'ulteriore spinta, benché indiretta, verso una cooperazione giudiziaria penale unionale è data dall'Atto Unico Europeo (AUE) del 1986²¹, emendativo del Trattato di Roma istitutivo della CEE. L'AUE aveva l'obiettivo di rafforzare il mercato interno europeo e di creare uno spazio senza frontiere per consentire la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi. È proprio la libera circolazione interna che imporrà agli Stati membri di rafforzare la cooperazione giudiziaria e di polizia, in quanto alla stessa si affianca necessariamente anche la circolazione della criminalità²².

Infine, prima di fornire una disamina degli avvenimenti che corrono tra il Trattato di Maastricht e quello di Lisbona, è doveroso segnalare una prassi che si era creata tra gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso in merito all'acquisizione di prove all'estero. Come evidenziato in dottrina²³, infatti, non di rado i magistrati italiani si recavano all'estero per espletare operazioni di polizia giudiziaria, quali l'escussione di un testimone o la conduzione di un interrogatorio. Proprio per questo motivo, il Ministro della Giustizia Sarti aveva emanato la circolare n. 10/26/2/GAB del 18 febbraio 1981, volta a obbligare l'autorità giudiziaria procedente ad informare preventivamente il Ministro della Giustizia di tali

¹⁷ Secondo L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1116, l'idea del Presidente Giscard d'Estaing è «simbolicamente» il «punto iniziale» dell'evoluzione della cooperazione a livello comunitario.

¹⁸ Traduzione dal francese dell'estratto del discorso di Valéry Giscard d'Estaing riportato da J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1978, p. 927: «*Les pays membres de la Communauté sont engagés dans un processus qui doit les conduire à l'union, c'est-à-dire à la création d'un espace organisé. [...] La construction de l'union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire*».

¹⁹ Sottolinea tutte le problematiche connesse a uno spazio giudiziario europeo la dottrina dell'epoca. V. per tutti J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, op. cit., pp. 938 ss.

²⁰ Sul punto v. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, op. cit., p. 209.

²¹ L'AUE è stato sottoscritto il 17 febbraio 1986 ed entrato in vigore l'1 luglio dello stesso anno.

²² A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, op. cit., p. 210; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, p. 705.

²³ E. SELVAGGI, *Venticinque anni di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, p. 2029.

operazioni. Ecco allora che, almeno verso alcuni Paesi che presentavano una tradizione giuridica più sintonica, vi poteva essere una sorta di “cooperazione informale” che, comunque, si basava su mere regole di cortesia non vincolanti.

3. Dal Trattato di Maastricht ai primi strumenti di mutuo riconoscimento

Si sono visti nel paragrafo precedente i tratti tipici e le tappe della cooperazione giudiziaria penale sino all’inizio degli anni Novanta e si è altresì osservato come vi fosse una prassi di “assistenza non vincolante” tra alcuni Stati membri.

È proprio la vincolatività delle richieste di cooperazione che sarà oggetto dell’evoluzione post Maastricht e, in particolar modo, post Lisbona.

Come anticipato, il trattato di Maastricht²⁴ può essere assunto quale “spartiacque” tra le prime due fasi della cooperazione giudiziaria in seguito all’istituzione della CEE. Con esso viene istituita l’Unione europea, che però non sostituisce o affianca la preesistente CEE (come avverrà dopo il Trattato di Lisbona). Infatti, utilizzando il noto esempio del tempio greco, l’UE di Maastricht altro non è che il frontone che si appoggia su tre pilastri: il primo è costituito dalla Comunità europea (CE), che prende il posto della CEE; il secondo dalla Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC); il terzo dalla cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari Esteri (GAI). Per la prima volta si è dunque formalizzata la volontà degli Stati (già manifestata da Giscard d’Estaing nel 1977) di superare il mero accordo economico che permeava l’idea originaria di Europa, di guisa da rafforzare il processo di integrazione degli Stati facenti parte dell’Unione.

Sebbene parte della dottrina ritenga che con il Trattato di Maastricht non possa «certo parlarsi di svolta epocale»²⁵, in quanto per almeno tutti gli anni Novanta l’ambito GAI è stato contraddistinto da un approccio prevalentemente intergovernativo²⁶ (perciò rivolto al passato), lo stesso ha comunque posto le fondamenta per un cambiamento rivolto al futuro²⁷.

Invero, l’art. K.1 del Trattato di Maastricht individua quali questioni di interesse comune

²⁴ Il Trattato di Maastricht (*rectius*: Trattato sull’Unione Europea) è stato adottato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993.

²⁵ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 7.

²⁶ In tal senso A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, op. cit., pp. 212 s., che evidenzia come la diplomazia avesse ancora un ruolo predominante; come il ruolo del Consiglio fosse ben superiore rispetto a quello delle altre istituzioni europee; come non fosse possibile adottare regolamenti e direttive nell’ambito del Terzo Pilastro; come le spese fossero a carico degli Stati membri e non delle Comunità europee.

²⁷ Al riguardo G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo di indagini penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, p. 706, lo definisce «tappa fondamentale del lungo processo d’integrazione giudiziaria europea».

nell'ambito GAI la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia volta alla prevenzione di taluni gravi delitti. Inoltre, è espressamente previsto che il Consiglio possa, oltre a elaborare convenzioni, adottare posizioni comuni per promuovere la cooperazione e azioni comuni per ravvicinare le legislazioni dei Stati membri (art. K.3 Trattato Maastricht).

Come già evidenziato, tuttavia, nonostante gli strumenti a disposizione, per i primi anni successivi all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht i lavori del Consiglio erano proseguiti sulla falsa riga del tradizionale metodo intergovernativo, caratterizzato dal voto all'unanimità in seno al Consiglio e dall'adozione di convenzioni volte ad integrare gli strumenti già esistenti²⁸.

È solo con il Trattato di Amsterdam²⁹ che viene data la definitiva accelerazione al processo di integrazione europeo, con la creazione di uno «Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia» (SLSG) afferente al Terzo Pilastro e, di conseguenza, alla cooperazione giudiziaria e di polizia.

Con specifico riferimento al settore GAI, vengono assegnate al Primo Pilastro alcune materie di competenza del Terzo (come la libera circolazione delle persone), delimitando l'ambito di quest'ultimo alla sola cooperazione giudiziaria penale. Viene «comunitarizzato»³⁰ l'*acquis* di Schengen e viene consentita una cooperazione rafforzata tra i Paesi che si sentono più «pronti» ad affrontare un processo di integrazione a livello di cooperazione giudiziaria. Infine, vengono abrogate le azioni comuni, che a fine anni Novanta erano nel loro «massimo splendore»³¹, e sostituite dalle decisioni quadro³²: strumenti vincolanti per

²⁸ In tal senso L. SALAZAR, *La costruzione*, op. cit., p. 1116, il quale fornisce anche un'accurata ricostruzione degli atti adottati nel periodo 1993-1998. Particolare attenzione, per quanto riguarda la cooperazione di polizia, merita l'istituzione di Europol ad opera della «Convenzione che istituisce un ufficio europeo di polizia» del 27 novembre 1995.

²⁹ Adottato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore l'1 maggio 1999, è ufficialmente denominato «Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi».

³⁰ S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata*, op. cit., p. 3.

³¹ L. SALAZAR, *La costruzione*, op. cit., p. 1122.

³² Sulle decisioni quadro in materia di cooperazione giudiziaria penale v. L. KLIMEK, *Mutual recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017, pp. 14 ss. Più nel dettaglio, l'Autore, a p. 16, giustificato il massivo ricorso alle decisioni quadro come segue: «*framework decisions quickly became useful and popular legal instruments among EU policymakers, because they made it possible to avoid the long procedures connected with the negotiations, signatures and ratifications of international conventions*».

gli Stati membri in merito all'obiettivo da raggiungere³³, ma non direttamente applicabili³⁴, che troveranno ampia fortuna in tutto il primo decennio del nuovo millennio. Tuttavia, a differenza delle attuali direttive, l'art. 34 del Trattato di Maastricht – come modificato dal Trattato di Amsterdam – prevedeva che le decisioni quadro non fossero adottate secondo il procedimento legislativo ordinario, bensì mediante un procedimento di deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio, su proposta di un singolo Stato membro o della Commissione. Un procedimento, dunque, che doveva necessariamente trovare una mediazione, in quanto l'accordo all'unanimità presupponeva un incontro di posizioni differenti tra loro, e che non prevedeva la partecipazione del Parlamento (se non in forma consultiva).

Sulla scia del Trattato di Amsterdam si è poi inserito il programma quinquennale di lavoro redatto all'esito del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999³⁵. L'obiettivo principale era quello di rafforzare e rendere effettivo lo SLSG già previsto dal Trattato di Amsterdam. Per fare ciò, oltre a prevedere la futura istituzione di Eurojust e l'armonizzazione di taluni settori del diritto penale, si è cristallizzato il «lungimirante»³⁶ principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che sarebbe dovuto «diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione»³⁷. Con particolare riferimento al tema probatorio, inoltre, il punto 38 delle conclusioni del Consiglio di Tampere auspicava che «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili»³⁸.

³³ Autorevole dottrina ha evidenziato che «i ritardi constatati nell'effettiva traduzione in atto di parecchie tra le convenzioni stipulate [...] hanno fatto preferire il ricorso a quell'altro strumento [le decisioni quadro n.d.r.], di applicazione più diretta e poggiante su un impegno a conseguire degli obiettivi più che a imporre regole completamente comuni quanto ai mezzi» (M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 976).

³⁴ La Corte di Giustizia, con la sentenza Pupino, ha conferito efficacia «parzialmente» vincolante alle decisioni quadro, in quanto ha stabilito che «il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarlo, in quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro» (CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, §61. In tema v., per tutti, F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 157 ss., e M. MARCHEGANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 563 ss.).

³⁵ Per un approfondimento sul tema v. L. SALAZAR, *La costruzione*, op. cit., pp. 1114 ss.

³⁶ In tal senso G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 265.

³⁷ Punto 33 delle conclusioni del Consiglio di Tampere.

³⁸ Secondo G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi*, op. cit., p. 707, «l'impiego del condizionale, tuttavia, tradisce ancora una volta l'intento di realizzare un progetto troppo ambizioso senza il sostegno una preventiva opera di armonizzazione. Può accadere, infatti, che la diversità delle prassi applicative in tema di reperimento delle prove favorisca, di fatto, l'insorgenza di motivi d'inammissibilità ed inutilizzabilità e, conseguentemente, ostacoli la libera circolazione delle decisioni giudiziarie con evidenti ripercussioni sull'accertamento della verità processuale».

Il principio del mutuo riconoscimento segna dunque una netta cesura con il passato e postula l'abbandono del modello basato sulla mutua assistenza. Alla base del mutuo riconoscimento c'è la fiducia reciproca tra gli Stati che, presupponendo una condivisione di valori comuni quali la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani (art. 2 TUE e Carta di Nizza) e una vicinanza delle culture giuridiche europee, decidono di superare il filtro del Ministro della Giustizia e affidano la cooperazione direttamente nelle mani delle autorità giudiziarie procedenti: sono queste, infatti, ad intrattenere rapporti diretti tra loro e a "marginalizzare" il potere discrezionale politico³⁹. In linea di principio, inoltre, la fiducia reciproca dovrebbe condurre al riconoscimento automatico nello Stato di esecuzione delle decisioni prese nello Stato di emissione, salvo residuali motivi di rifiuto che dovrebbero atteggiarsi come obbligatori⁴⁰. Riconoscere una decisione emessa da uno Stato membro «significa, infatti, attribuirle gli stessi effetti giuridici che verrebbero prodotti se fosse stata una decisione interna»⁴¹.

Il mutuo riconoscimento è poi stato ripreso e confermato dal programma de L'Aia, adottato a seguito del Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, anche a causa dello «shock dell'11 settembre, che [...] determinò una brusca accelerazione dei processi decisionali in materia di terzo pilastro»⁴². Accelerazione che già si era avuta con la presentazione, il 19 settembre 2001, di quella che sarà approvata, a poco più di un anno di distanza, come DQ 2002/584/GAI «relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri»: il primo strumento di mutuo riconoscimento nel panorama legislativo comunitario.

Per quanto riguarda più da vicino gli strumenti adottati sulla scia dei programmi di Tampere e de L'Aia, in particolare modo in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria penale in materia probatoria, devono segnalarsi tre fondamentali decisioni quadro: la DQ 2002/187/GAI che ha istituito Eurojust⁴³, organismo volto a sostenere, agevolare e

³⁹ J. MONTAIN-DOMENAH, *Le droit de l'espace judiciaire pénal européen: un nouveau modèle juridique ?*, in *Cultures&Conflits*, 2006, §24.

⁴⁰ P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria*, op. cit., p. 1293.

⁴¹ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, p. 11

⁴² F. VIGANÒ, *Fonti europee*, op. cit., p. 12.

⁴³ Per un approfondimento su Eurojust v., *ex multis*, L. CAMALDO, *La metamorfosi di Eurojust in agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2019, pp. 2708 ss.; G. DE AMICIS, *Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova decisione 2009/426/GAI*, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 4453 ss.; F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005,

migliorare il coordinamento tra le autorità in materia di cooperazione giudiziaria penale e oggi divenuto Agenzia dell'Unione⁴⁴; la DQ 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio⁴⁵; e, successivamente, la DQ 2008/978/GAI riguardante il mandato europeo di ricerca della prova (MER)⁴⁶.

In particolare, la DQ 2003/577/GAI – oggi sostituita, ad eccezione che nei rapporti con l'Irlanda, dalla Direttiva 2014/41/UE, per quanto attiene al sequestro probatorio, e dal Regolamento 2018/1805/UE, per quanto attiene ai provvedimenti di congelamento (*i.e.*, nell'ordinamento italiano, di sequestro preventivo) – aveva lo scopo, in virtù del principio del mutuo riconoscimento, di far riconoscere ed eseguire nel territorio dello Stato membro richiesto un provvedimento di blocco o di sequestro emesso da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro; tuttavia, la successiva trasmissione dei beni ablati rimaneva caratterizzata dalle regole dettate per la mutua assistenza, pertanto con il necessario filtro politico. Proprio tale caratteristica ibrida ha condotto la dottrina a parlare di «assistenza non rogatoria»⁴⁷ e a sottolinearne lo «scarsissimo utilizzo nella pratica»⁴⁸.

Il MER, basandosi sempre sul mutuo riconoscimento, prevedeva un ordine diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati nello Stato di esecuzione, da utilizzare nei

pp. 539 ss.; L. SALAZAR, *La riforma di "Eurojust" e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, fasc. 1, pp. 43 ss.

⁴⁴ Eurojust è divenuto Agenzia dell'Unione europea ad opera del regolamento 2018/1727/UE «Che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio».

⁴⁵ Per un approfondimento sulla DQ 2003/577/GAI si veda, *ex multis*, L. CAMALDO, *Sequestro probatorio e confisca dei beni nell'Unione Europea. Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 22 luglio 2003, n. 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione Europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*, in *La Rivista del Consiglio. Ordine degli Avvocati di Milano*, 2004, pp. 75 ss.; G. DARAIO, *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, pp. 1133 ss.

⁴⁶ Per un approfondimento sul MER si veda, *ex multis*, R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 3894 ss.; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 3033 ss.; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettivi del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 475 ss.; M. MENNA, *Mandato europeo di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 169 ss.; M. PISANI, *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pp. 479 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009, pp. 158 ss.

⁴⁷ G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, op. cit., p. 3033.

⁴⁸ L. CAMALDO-F. QUERCIA, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 3513.

procedimenti penali nello Stato di emissione. A differenza della precedente DQ 2003/577/GAI, però, il MER prevedeva anche la diretta trasmissione allo Stato di emissione delle prove raccolte nello Stato di esecuzione. Il «punto debole»⁴⁹, tuttavia, era il suo «ambito di applicazione limitato»⁵⁰ alle sole prove costituite e non anche a quelle costituende, le quali dovevano essere richieste attraverso i canali tradizionali di assistenza giudiziaria, generando così un quadro caratterizzato da estreme difficoltà applicative. Anche per questi motivi, infatti, il MER, pur previsto *à la carte* ma che non era stato implementato dalla maggior parte degli Stati membri⁵¹, viene sostituito dalla Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale (OEI) e infine formalmente abrogato ad opera del Regolamento 2016/95/UE, relativo all'abrogazione di alcuni atti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale.

In ogni caso, nonostante il fallimento dello strumento in questione, in dottrina si è evidenziato come il MER abbia ricoperto un ruolo fondamentale nel processo di cooperazione e di implementazione del mutuo riconoscimento in materia probatoria⁵².

Il primo decennio degli anni Duemila, tuttavia, non è stato contraddistinto unicamente dagli strumenti di mutuo riconoscimento comunitari⁵³, in quanto accanto ad essi sono rimaste le precedenti convenzioni sovranazionali (in particolare la Convenzione di Strasburgo del 1959), a cui viene ad aggiungersi la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 «che stabilisce, conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione

⁴⁹ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi*, op. cit., p. 709. Sul punto v. anche V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 713.

⁵⁰ Considerando n. 4 della Direttiva 2014/41/UE.

⁵¹ J. BLACKSTOCK, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 482.

⁵² G. DE AMICIS, *Il mandato europeo*, op. cit., p. 3041.

⁵³ Oltre alle già citate decisioni quadro 2002/187/GAI «che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità», 2003/577/GAI «relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio», 2008/978/GAI «relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali», si possono ricordare le seguenti: 2002/584/GAI «relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri», 2005/214/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie», 2006/783/GAI, «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca», 2008/909/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea», 2008/947/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive», 2009/829/GAI «sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare».

europea» (Convenzione di Bruxelles)⁵⁴.

La Convenzione di Bruxelles va ad affiancarsi ed integrare, ma non a sostituire, la precedente Convenzione di Strasburgo del 1959, con l'obiettivo di velocizzare le richieste di assistenza nell'Unione europea. È infatti previsto che la richiesta di assistenza possa essere trasmessa direttamente all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto: non si è ancora giunti al modello dell'ordine, ma certamente è un passo in tale direzione.

La peculiarità dello strumento è rinvenibile nella differenza di fonte giuridica che ne è alla base⁵⁵. Invero, la Convenzione di Bruxelles è stata adottata in seno al Consiglio sulla base del Trattato di Amsterdam, perciò rappresenta a tutti gli effetti uno strumento dell'UE ed è sindacabile dalla Corte di Giustizia dell'UE. Al contrario, la Convenzione di Strasburgo del 1959, come già ampiamente anticipato, è un trattato internazionale figlio del Consiglio d'Europa, le cui eventuali controversie sono di competenza di organi intergovernativi operanti in seno allo stesso.

4. Dal Trattato di Lisbona ad oggi

Il definitivo spartiacque in tema di cooperazione in senso all'UE è dato, a seguito del naufragare del progetto di Costituzione europea⁵⁶, dal Trattato di Lisbona⁵⁷, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009. Il Trattato di Lisbona segna il superamento del modello dell'Europa a tre pilastri: CE, PESC e GAI sono confluiti tutti nell'Unione europea, i cui testi normativi di riferimento divengono il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

⁵⁴ Sul tema v. *ex multis*, L. SALAZAR, *La nuova convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 1534 ss.; L. SALAZAR, *La nuova convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 1664 ss.

⁵⁵ L. SALAZAR, *La nuova convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, op. cit., p. 1535.

⁵⁶ Il trattato avente ad oggetto la Costituzione europea è stata sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004 a seguito del Consiglio europeo del 17 e 18 giugno dello stesso anno. Il Trattato di Roma – che richiedeva per la sua definitiva approvazione l'unanimità dei partecipanti – non ha mai visto la luce, in quanto i *referenda* tenutisi in Olanda e Francia diedero esito negativo. In tema di cooperazione giudiziaria relativa al progetto di Costituzione europea si vedano, *ex multis*, M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2005, pp. 144 ss.; A. BERNARDI, *Europeizzazione del dritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, pp. 5 ss.; G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. Pen.*, 2004, pp. 3067 ss.; V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2783 ss.

⁵⁷ Ufficialmente denominato «Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007».

Con il crollo del Terzo Pilastro viene meno il metodo intergovernativo, che aveva caratterizzato le decisioni in tema di cooperazione giudiziaria e di polizia a seguito dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam, in favore del c.d. “metodo comunitario”. Quest’ultimo è contraddistinto dall’utilizzo della procedura legislativa ordinaria (o di codecisione)⁵⁸, dall’applicazione degli strumenti e dei principi comunitari⁵⁹, nonché dalla possibilità di controllo della Corte di Giustizia⁶⁰.

La procedura legislativa ordinaria in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale fonda le proprie radici sull’art. 82 TFUE, che consente di adottare regolamenti e direttive per il riconoscimento di sentenze o decisioni giudiziarie, per la prevenzione di conflitti di giurisdizione, per il sostegno alla formazione di magistrati e di operatori giudiziari, nonché per la facilitazione della cooperazione giudiziaria relativa all’esercizio dell’azione penale e all’esecuzione delle decisioni (art. 82, par. 1, TUE). Le sole direttive, invece, sono adottabili per disciplinare l’ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità, nonché altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione (art. 82, par. 2, TFUE). *I fils rouges* che, in ogni caso, legano tutte le materie sono il «reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie» adottate e il «ravvicinamento delle legislazioni nazionali», che dovrebbero costituire all’unisono un circolo virtuoso⁶¹.

L’introduzione del principio del mutuo riconoscimento nel TFUE segna una svolta

⁵⁸ Nella procedura di codecisione il Consiglio decide a maggioranza qualificata e il Parlamento ha un ruolo decisionale attivo. Con la decisione a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, in linea di massima viene meno il potere di veto che caratterizzava il precedente modello intergovernativo, nel quale un gruppo ristretto di Stati (o anche uno solo) poteva porre fine alle trattative con valenza vincolante anche per gli altri Stati. Tuttavia, non si è potuto fare a meno di rilevare che «la delicatezza della materia ha fatto sì che non mancassero adeguati “contrappesi”, quali la sospensione della procedura di adozione di regolamenti e direttive in caso di dissenso» (L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. Pen.*, 2010, p. 380), a cui fa, a sua volta, da contraltare la cooperazione rafforzata tra almeno nove Stati membri.

⁵⁹ Si pensi all’obbligo di interpretazione conforme, alla primazia del diritto comunitario e al principio di leale collaborazione. Sul metodo comunitario v. A. Weyembergh, *Storia della cooperazione*, op. cit., p. 222.

⁶⁰ La Corte di Giustizia e la Commissione europea, ai sensi dell’art. 10 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona, possono esercitare i loro pieni poteri a far data dall’1 dicembre 2014, vale a dire cinque anni dopo l’entrata in vigore del Trattato stesso. Sul limitato ambito di intervento della Corte di Giustizia ante-Lisbona v. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in https://leg13.camera.it/_bicamerale/schengen/convegni/italiasc/giald.htm.

⁶¹ Già in vista dell’approvazione della Costituzione europea, poi naufragata, si era auspicato un doppio binario tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: «se il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie dovrebbe essere consacrato formalmente dal Trattato costituente in un principio esplicito, anche il ravvicinamento delle normative, in taluni settori e relativamente a taluni elementi, dovrebbe trovare in esso la sua base giuridica» (F. DE LEO, *La Convenzione sul Futuro dell’Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 378).

epocale nel settore della cooperazione, in quanto accoglie nei trattati il modello dell'ordine, che aveva già trovato ampio spazio nel primo decennio del 2000⁶². Infatti, l'attribuzione di specifiche competenze all'UE in questa materia sembra aver tracciato una rotta difficilmente invertibile: pare, allo stato, pressoché impossibile che l'Unione possa tornare al precedente meccanismo assistenziale.

Da un punto di vista strettamente probatorio, gli strumenti adottati, sulla scia del Programma di Stoccolma del 2009⁶³ (e dei programmi quinquennale del 2014⁶⁴ e del 2019⁶⁵), sono molteplici.

In primo luogo, il 3 aprile 2014 è stata emanata la Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, che disciplina l'acquisizione transfrontaliera della prova nell'ambito di un procedimento penale, dalla fase delle indagini sino a quella esecutiva. Tuttavia, alla stessa non ha fatto seguito (ne è stata proceduta da) una armonizzazione delle discipline nazionali di raccolta della prova.

Vi è poi il Regolamento 2018/1805/UE⁶⁶ del 14 novembre 2018, relativo al reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca, entrato in vigore nel dicembre 2020. Il Regolamento, a differenza della Direttiva 2014/41/UE, si lega strettamente con una Direttiva precedente, di cui costituisce il completamento, che ha armonizzato le discipline nazionali: la Direttiva 2014/42/UE relativa «al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea».

Inoltre, sulla base dell'art. 86 TFUE, è stato emanato il Regolamento 2017/1939/UE relativo all'istituzione di una Procura europea (EPPO – *European Public Prosecutor's Office*)⁶⁷. L'EPPO è diventata operativa l'1 giugno 2021 e, in estrema sintesi, ad essa è

⁶² Sul punto v. *amplius* L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., pp. 11 ss.

⁶³ Il «Programma di Stoccolma – un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini» è stato adottato a seguito del Consiglio dell'Unione europea tenutosi a Bruxelles il 2 dicembre 2009.

⁶⁴ EUCO 79/14: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-INIT/it/pdf>.

⁶⁵ EUCO 9/19: <https://www.consilium.europa.eu/media/39922/20-21-euco-final-conclusions-en.pdf>

⁶⁶ Per un approfondimento sul Regolamento 2018/1805/UE v., *ex multis*, C. GRANDI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, pp. 1619 ss.; A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 gennaio 2019; A. ROSANÒ, *Congelamento e confisca di beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *Eurojus*, 07 gennaio 2019.

⁶⁷ Per un approfondimento sull'EPPO v., *ex multis*, G. BARROCU, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Cedam, 2021; L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. Pen.*, 2018, pp. 958 ss.; G. FIORELLI, *Il pubblico ministero europeo, tra poteri investigativi nazionali e regole probatorie "in bianco"*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, pp. 190 ss.; L. PRESSACO, *Profili fondamentali del pubblico ministero*

riservato l'esercizio dell'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Infine, attualmente è in fase di negoziati interistituzionali la proposta di Regolamento relativa agli ordini di produzione e conservazione europei (OPE e OCE)⁶⁸, in virtù della quale – se approvata – l'autorità giudiziaria di uno Stato membro potrebbe domandare, direttamente e senza alcuna intermediazione giudiziaria, a un *internet service provider* (ISP) situato in un altro Stato membro di conservare o produrre prove elettroniche in suo possesso.

Con gli strumenti adottati, l'UE sta chiaramente guardando a un futuro in cui la cooperazione giudiziaria sarà sempre più centrale nell'economia dei procedimenti penali, anche in considerazione della sempre maggiore transnazionalità dei crimini. Come si vedrà, in tema probatorio manca ancora una disciplina armonizzata a livello unionale, in particolare modo con riferimento al requisito dell'ammissibilità della prova, ma l'UE ha dato prova di coraggio nell'utilizzare dapprima le direttive e, successivamente, i regolamenti. Questi ultimi, infatti, sono direttamente vincolanti per gli Stati membri che, conseguentemente, in determinati settori hanno abbandonato (o stanno per abbandonare) quelle prerogative nazionali che fino a qualche anno fa non si pensavano superabili: il dogma della sovranità nazionale dell'assolutismo del diritto penale e processuale si sta infrangendo sempre più velocemente.

5. L'Ordine Europeo di Indagine Penale

Uno degli storici problemi in tema di cooperazione penale in materia probatoria era dato dalla lentezza con la quale veniva acquisita la prova all'estero e dal «fallimento» dei primi tentativi di trasposizione del mutuo riconoscimento nel terreno della prova penale⁶⁹. Sotto tale aspetto, la Direttiva 2014/41/UE ha accelerato notevolmente le tempistiche⁷⁰ e ha fornito, mediante il mutuo riconoscimento, un utile strumento cooperativo (dalla fase delle

europeo, in *Cass. Pen.*, 2018, pp. 4399 ss; R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, pp. 845 ss.; E. ZANETTI, *La via italiana alla Procura Europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, pp. 264 ss.

⁶⁸ Proposta della Commissione europea di «Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale», del 17 aprile 2018, COM(2018)225. Attualmente la proposta di regolamento in oggetto è stata inserita tra l'elenco delle priorità dell'Unione: *Déclaration commune 14 Novembre 2022, 2022/0002(NTT)*.

⁶⁹ In tal senso L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., p. 13.

⁷⁰ T. CASSUTO, *La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, in *AJ Pénal*, 2014 p. 338.

indagini sino a quella esecutiva) che garantisce al contempo i diritti dei cittadini.

Il cammino che ha portato all'adozione della Direttiva, tuttavia, ha seguito un percorso travagliato, che ha visto, da un lato, alcuni Stati Membri restii a cedere porzioni di sovranità in materia probatoria (il cuore del processo penale) e, dall'altro, parte della dottrina fortemente critica con la proposta di Direttiva⁷¹.

La necessità di un'efficiente e rapida cooperazione in materia probatoria era stata posta sullo scenario europeo con l'adozione della già citata DQ sul MER nel 2008, ma già l'anno successivo il Libro Verde della Commissione Europea «sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità» suggeriva di sostituire la disciplina «sulla ricerca delle prove in materia penale con un unico strumento basato sul principio del reciproco riconoscimento esteso a tutti i tipi di prova»⁷². Conseguentemente, il Libro Verde poneva alcune domande agli Stati Membri, onde comprendere se gli stessi avrebbero prestato il consenso alla definizione di una normativa unica in materia di mutuo riconoscimento degli ordini di indagine.

Tuttavia, prima ancora che le consultazioni della Commissione Europea potessero giungere a una conclusione, un gruppo di sette Stati guidati dal Belgio (Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Austria, Slovenia e Svezia) hanno presentato il 24 giugno 2010 la proposta di Direttiva sull'OEI (2010/0817/COD)⁷³, che ha visto – dopo numerosi e ampi dibattiti – l'approvazione dell'orientamento generale in seno al Consiglio dell'Unione Europea il 14 dicembre 2011⁷⁴. I lavori, tuttavia, si sono interrotti per volontà del Parlamento Europeo, la cui *Conference of Presidents* (composta dal presidente del Parlamento stesso e dai leader dei gruppi politici) ha deciso, il 14 giugno 2012, di sospendere i lavori e la cooperazione con il Consiglio per motivi di carattere politico⁷⁵. Dopo quasi due anni di “stallo

⁷¹ Si vedano, *ex multis*, B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order: a Rush into the wrong Direction*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, pp. 29 ss.; R. VOGLER, *The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk?*, in *ivi*, pp. 45 ss.; A. ARENA, *The Rules on Legal Remedies: Legal Lacunas and Risks for Individual Rights*, in *ivi*, pp. 111 ss.

⁷² Commissione Europea, *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, COM(2009)624 def., Bruxelles, 11 novembre 2009, p. 5. Il libro prevedeva anche la volontà della Commissione di intraprendere una strada volta all'armonizzazione delle legislazione in merito all'ammissibilità delle prove. Nessuna Direttiva, ad oggi, è stata adottata sul tema.

⁷³ La proposta originaria è consultabile al seguente link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IG0624\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IG0624(01)&from=EN).

⁷⁴ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-18595-2011-ADD-1/it/pdf>.

⁷⁵ Nello specifico, la *Conference of Presidents* «after an intensive debate, decided today in Strasbourg that the European Parliament would suspend its cooperation with the Council on the following five dossiers until a satisfactory outcome is achieved on Schengen governance. The five dossiers are: 1) Amendment of Schengen border code and Convention implementing the Schengen Agreement. (Rapporteur Georgios Papanikolaou) 2)

istituzionale”, i lavori sono celermente ripresi, dapprima con l’approvazione in prima lettura del progetto di risoluzione del Parlamento Europeo (27 febbraio 2014)⁷⁶; successivamente con l’approvazione da parte del Consiglio (14 marzo 2014)⁷⁷; infine, con la firma dei Presidenti del Consiglio e del Parlamento (3 aprile 2014) e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea (L130 – 1 maggio 2014).

La Direttiva, che trova la propria base giuridica nell’art. 82 TFUE, si è inserita – come visto – su una stratificazione di strumenti normativi adottati nel corso degli anni, dalla Convenzione di Strasburgo del 1959 sino alla DQ 2008/978/GAI sul MER, che hanno reso il quadro giuridico esistente «troppo frammentario e complesso»⁷⁸. Proprio a causa di tale sovrapposizione, l’art. 34 Direttiva 2014/41/UE prevede una serie di disposizioni specifiche in materia di successioni di leggi nel tempo, non del tutto scevre di incertezze interpretative, nel tentativo di «restituire intima coerenza al quadro normativo in materia di raccolta ed acquisizione della prova»⁷⁹.

5.1. Il termine per il recepimento della Direttiva: potenziali questioni problematiche

La data cardine attorno alla quale ruotano le disposizioni finali della Direttiva 2014/41/UE (artt. 33-36) è il 22 maggio 2017. Infatti, entro tale termine gli Stati membri avrebbero dovuto implementare la Direttiva (art. 36)⁸⁰ e notificare alla Commissione europea le autorità competenti ad emettere o riconoscere un OEI, le lingue accettate e le eventuali autorità centrali (art. 33), nonché le intese e gli accordi esistenti tra gli Stati membri

Judicial cooperation in criminal matters: combating attacks against information systems. (Rapporteur Monika Hohlmeier); 3) European Investigation Order. (Rapporteur Nuno Melo); 4) Budget 2013 aspects relating to Internal Security; 5) EU Passenger Name Records: (Rapporteur Timothy Kirkhope)» (<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20120614IPR46824/ep-suspends-cooperation-with-council-on-five-justice-and-home-affairs-dossiers>).

⁷⁶[https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2013/0477/P7_A\(2013\)0477_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_deposes/rapports/2013/0477/P7_A(2013)0477_IT.pdf).

⁷⁷ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7717-2014-INIT/it/pdf>.

⁷⁸ Considerando n. 5 della Direttiva 2014/41/UE.

⁷⁹ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., p. 19.

⁸⁰ Alla data del 22 maggio 2017 solo quattro Stati membri avevano recepito la Direttiva 2014/41/UE (Belgio, Francia, Germania e Lettonia), a cui si è aggiunta il 23 maggio, con un solo giorno di ritardo, l’Ungheria. A questi cinque Stati hanno fatto seguito altri 14 nel corso del 2017 (Croazia, Cipro, Estonia, Finlandia, Grecia, Italia, Lituania, Malta, Olanda, Portogallo, Romania, Slovacchia, Svezia e Regno Unito). Nel corso del 2018, infine, il recepimento è avvenuto ad opera degli Stati rimanenti (Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia, Slovenia e Spagna), con aggiudicazione della maglia nera per ritardo al Lussemburgo, che ha trasposto la Direttiva per ultimo in data 15 settembre 2018. Sul punto v. lo «*Status of implementation of 2014/41/EU: Directive 2014/41/EU of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*» della Rete Giudiziaria Europea, disponibile sul sito della stessa al seguente link: https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?l=EN&CategoryId=120.

che consentano di semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione della prova (art. 34). Inoltre, in virtù del principio *tempus regit actum* delle norme di natura processuale, è stato espressamente previsto che per le richieste di assistenza ricevute prima del 22 maggio 2017 continua ad applicarsi la precedente disciplina di cui alla Convenzione di Bruxelles, mentre successivamente alla stessa si applicano le disposizioni della Direttiva 2014/41/UE (art. 35)⁸¹.

È opportuno precisare che la norma fa riferimento alle «richieste di assistenza giudiziaria ricevute anteriormente al 22 maggio 2017» e non ai procedimenti incardinati prima di tale data, anche se alcuni Stati come la Bulgaria (e la Svezia⁸²), con la legge di recepimento, hanno espressamente previsto che «*any proceedings instituted prior to the entry into force of this Act for the purpose of securing evidence according to the procedure established by the Recognition, Enforcement and Issuance of Writs for Securing of Assets or Evidence Act shall be examined and completed according to the hitherto effective procedure*»⁸³. Tale soluzione è tuttavia in contrasto con la lettera e lo spirito della Direttiva; vi è pertanto da

⁸¹ Ricostruisce molto precisamente le problematiche della normativa intertemporale, che attualmente sono superate a seguito del recepimento della Direttiva da parte di tutti gli Stati membri, 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 *Il Diritto dell'UE*, 30 giugno 2017, pp. 11 ss. L'Autore, in estrema sintesi, evidenzia come non possa trovare applicazione la Direttiva 2014/41/UE dopo il 22 maggio 2017 per quegli Stati che non l'hanno trasposta tempestivamente e sino alla sua definitiva implementazione nell'ordinamento interno. Sottolinea altresì che nelle more del recepimento possa trovare applicazione la Convenzione di Bruxelles, in quanto, caso contrario, si «determinerebbe un vuoto normativo solo parzialmente colmato dalla convenzione di assistenza giudiziaria del Consiglio d'Europa del 1959 e porterebbe, quanto meno, ad un pur temporaneo stallo della cooperazione in materia di atti di indagine». Nello stesso senso Eurojust, *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive*, 2 maggio 2017, disponibile su https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_RegistryDoc/EN/3112/0/0, p. 7.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in tema di MAE, ha ritenuto che la sostituzione delle precedenti convenzioni non possa avvenire sino al recepimento della relativa decisione quadro: «come ha precisato la Commissione, la sostituzione, prevista all'art. 31, n. 1, della decisione quadro, delle convenzioni ivi elencate non comporta la cessazione di tali convenzioni, che restano pertinenti qualora uno Stato membro abbia reso apposita dichiarazione a norma dell'art. 32 della decisione medesima, nonché in altri contesti in cui il sistema del mandato di arresto europeo non sarebbe applicabile» (CGUE, Sez. III, 12 agosto 2008, *Goicoechea*, causa C-296/08).

Tale soluzione non è però stata condivisa da tutti. Infatti, in Francia, con l'art. 5 dell'*Ordonnance 1 decembre 2016 n. 2016-1636* si è stabilito che «à compter du 22 mai 2017, les demandes d'entraide sont adressées aux Etats membres selon le formalisme prévu pour les décisions d'enquête européenne, même aux Etats n'ayant pas à cette date transposé la directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale». Pertanto, allo scadere del termine per il recepimento della Direttiva, la Francia ha ritenuto di trasmettere un OEI anche nei confronti dei Paesi che ancora non l'avevano trasposta.

⁸² Si vedano le disposizioni transitorie (*Övergångsbestämmelser*) della legge di recepimento svedese *Lag (2017:1000) om en europeisk utredningsorder* (https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20171000-om-en-europeisk-utredningsorder_sfs-2017-1000).

⁸³ *European Investigation Order Act*, SG No. 16/20.02.2018 (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=2089>).

concludere, così come è stato evidenziato anche in relazione al Regolamento 2018/1805/UE⁸⁴, che sia possibile ricorrere a un OEI emesso in un procedimento avviato prima del 22 maggio 2017, a condizione che lo stesso sia trasmesso a decorrere dal 23 maggio 2017⁸⁵ e che entrambi gli Stati (quello di emissione e quello di esecuzione) abbiano trasposto la Direttiva. Tale impostazione, peraltro, è stata espressamente adottata dal Portogallo che, all'art. 46 della legge di recepimento, ha stabilito che la normativa riguardante l'emissione di un OEI complementare a uno precedente « *aplica -se, com as necessárias adaptações, a uma DEI emitida na sequência de uma decisão tomada antes da entrada em vigor da presente lei, ao abrigo da Decisão -Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho de 2003, para os efeitos previstos no n.º 1 do artigo 44*»⁸⁶. In altre parole, secondo il legislatore portoghese, un ordine di sequestro probatorio trasmesso successivamente all'entrata in vigore della legge, ma relativo a una decisione adottata precedentemente, dovrebbe essere disciplinato secondo le forme dell'ordine europeo di indagine.

5.2. Tecniche di recepimento della Direttiva

Ad oggi tutti gli Stati Membri hanno recepito la Direttiva nei rispettivi ordinamenti nazionali, anche se alcuni – tra i quali l'Italia – in (lieve) ritardo rispetto alla scadenza del termine imposto del 22 maggio 2017 (il ritardo più significativo è stato accumulato dal Lussemburgo, il quale ha trasposto la Direttiva il 15 settembre 2018).

Non tutti, però, hanno agito nello stesso modo: a livello europeo, analizzando i dati forniti dal compendio della RGE, si possono invero tratteggiare tre atteggiamenti differenti.

In primo luogo, un gran numero di Stati (così come l'Italia) ha ritenuto di introdurre una

⁸⁴ C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. Pen.*, 31 maggio 2021, p. 18. Il tema relativo al riconoscimento degli ordini di confisca è finanche più complesso e giustifica, a maggiore ragione, le conclusioni a cui si è giunti con riferimento all'OEI. Infatti, è stato condivisibilmente sostenuto che un ordine di confisca adottato prima dell'entrata in vigore del regolamento 2018/1805/UE possa essere riconosciuto in un altro Stato Membro sulla base del citato regolamento se il relativo certificato è stato emesso successivamente al 19 dicembre 2020 (data di entrata in vigore del regolamento).

⁸⁵ 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 *Il Diritto dell'UE*, 30 giugno 2017, p. 15.

⁸⁶ <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1996>.

legge *ad hoc* che disciplinasse compiutamente il tema (Belgio⁸⁷, Bulgaria⁸⁸, Grecia⁸⁹, Lussemburgo⁹⁰, Portogallo⁹¹, Slovacchia⁹² e Svezia⁹³).

Il secondo macro-modello di implementazione della Direttiva introduce, invece, l'OEI direttamente all'interno dei codici di procedura penale nazionali (Francia⁹⁴, Lettonia⁹⁵, Paesi Bassi⁹⁶).

Altri Stati, infine, hanno apportato modifiche a un *corpus* organico di norme che disciplinano la cooperazione giudiziaria penale tra Stati, innestando nello stesso l'ordine europeo di indagine (Germania⁹⁷, Romania⁹⁸, Spagna⁹⁹, Ungheria¹⁰⁰).

Come visto, dunque, l'Italia ha ritenuto di disciplinare la materia in un atto normativo indipendente, così come ha agito per tutti gli altri strumenti di cooperazione giudiziaria a livello europeo. In altre parole, in Italia vi sono tanti testi legislativi differenti quante sono state le decisioni quadro e le direttive adottate sul tema della cooperazione giudiziaria in

⁸⁷ *Loi relative à la décision d'enquête euroéenne en matière pénale*, C-2017/12230 (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1968>).

⁸⁸ *European Investigation Order Act*, SG No. 16/20.02.2018 (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=2089>).

⁸⁹ *Law n. 4489 on the European Investigation Order in Criminal Matters – Transposition of Directive 2014/41/EU and other provisions* (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=2019>).

⁹⁰ *Loi du 1^{er} août 2018 portant 1) transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale; 2) modification du Code de procédure pénale; 3) modification de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* (https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/08/01/a787/jo#art_40). Per dovere di completezza si segnala che il Lussemburgo ha introdotto anche alcune modifiche al codice di procedura penale.

⁹¹ Legge 88/2017 del 21 agosto 2017 (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1996>).

⁹² *Law 236/2017 on European Investigative Order in Criminal Matters*.

⁹³ *Lag (2017:1000) om en europeisk utredningsorder* (https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20171000-om-en-europeisk-utredningsorder_sfs-2017-1000).

⁹⁴ Ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033511653/>); Décret n° 2017-511 du 7 avril 2017 relatif à la décision d'enquête européenne en matière pénale (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034392301>).

⁹⁵ <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1970>.

⁹⁶ *Wet van 31 mei 2017 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter implementatie van de richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken* (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1986>).

⁹⁷ *Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1945>).

⁹⁸ Legge n. 36 del 25 dicembre 2017 che ha modificato la legge 302/2004 (<https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/195658>).

⁹⁹ Legge 3/2018 che ha modificato la legge 23/2014 *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=2101>).

¹⁰⁰ 2012. évi CLXXX. Törvény az Európai Unió tagállamaival folytatott bünygyi együttműködésről (<https://njt.hu/jogszabaly/2012-180-00-00>).

materia penale. Tale “giungla normativa”, tuttavia, crea non pochi problemi applicativi, primo fra tutti un basso livello di conoscenza (soprattutto tra gli operatori pratici del diritto) degli importantissimi meccanismi di cooperazione di cui l'UE si è dotata nel corso degli ultimi venti anni. Sarebbe allora opportuno che il legislatore ripensasse al proprio modo di procedere, prendendo come esempio quegli Stati (come la Germania e la Spagna) che hanno racchiuso tutti gli strumenti in un *corpus* organico, così da creare un unico testo che potrebbe essere definito “codice della cooperazione giudiziaria europea in materia penale”. In tal modo, si razionalizzerebbe un sistema caratterizzato da un elevato grado di ipertrofia normativa e si garantirebbe maggiore organicità e intellegibilità dell'intero sistema.

5.3. La sostituzione dei precedenti strumenti giuridici europei: la sostituzione espressa...

Altri aspetti problematici delle disposizioni finali, tuttora attuali, sono dati dall'art. 34 Direttiva 2014/41/UE, che affianca casi di sostituzione espressa a casi di sostituzione solo “nominalmente espressa” delle disposizioni previgenti¹⁰¹.

Per quanto riguarda i primi, l'art. 34, paragrafo 2, Direttiva 2014/41/UE sostituisce la DQ 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca della prova, in quanto tale strumento non aveva trovato fortuna a causa del suo «limitato ambito applicativo»¹⁰². Conseguentemente, ogni riferimento contenuto in altri testi normativi alla DQ 2008/978/GAI deve ritenersi oggi effettuato alla Direttiva 2014/41/UE.

Analogamente, lo stesso articolo 34, paragrafo 2, Direttiva 2014/41/UE stabilisce che la parte della DQ 2003/577/GAI relativa al sequestro probatorio, nonché ogni riferimento alla stessa, è sostituita dalla Direttiva.

Vi è da segnalare che, per entrambe le decisioni quadro sostituite, la Direttiva limita la portata applicativa ai soli Stati vincolati dalla stessa. Per quanto riguarda il MER non si pongono particolari problemi: è infatti stato definitivamente abrogato dal Regolamento 2016/95/UE e pertanto non trova più spazio nel panorama giuridico. In relazione, invece, al tema del sequestro probatorio, la relativa Decisione Quadro continua tutt'oggi ad applicarsi nei confronti dell'Irlanda. Invero, quest'ultima ha deciso di non esercitare la facoltà di *opt-out*, prevista dal protocollo n. 21 allegato al TUE e al TFUE, in relazione alla DQ 2003/577/GAI, mentre tale scelta è stata assunta per la Direttiva 2014/41/UE. Pertanto,

¹⁰¹ Con riferimento all'art. 34 v. S. MONTALDO, *La scadenza del termine*, op. cit., pp. 1 ss.; S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, op. cit., pp. 199 ss.

¹⁰² Considerando n. 4 della Direttiva 2014/41/UE.

l'Irlanda rappresenta un *unicum* nel panorama europeo, in quanto non è vincolata dall'OEI¹⁰³ (né al Regolamento 2018/1805/UE¹⁰⁴, al pari della Danimarca), ma lo è relativamente al sequestro probatorio e al sequestro preventivo disciplinati dalla DQ 2003/577/GAI¹⁰⁵.

5.4. ... e le "corrispondenti disposizioni"

Il paragrafo 1 dell'art. 34 Direttiva 2014/41/UE stabilisce che sono sostituite le «corrispondenti disposizioni» della Convenzione di Strasburgo del 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'articolo 26 di tale Convenzione; della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen; della Convenzione di Bruxelles». Una tecnica di sostituzione, questa, non nuova nel panorama europeo¹⁰⁶, ma che negli ultimi anni sembra avere opportunamente cambiato direzione con il Regolamento 2018/1805/UE (art. 39), nonché con la Direttiva 2014/42/UE (art. 41), i quali hanno espressamente ed analiticamente indicato le disposizioni oggetto di sostituzione.

Tuttavia, essendo presente il riferimento alle corrispondenti disposizioni ed essendo le citate convenzioni dense di strumenti normativi, vi è da comprendere quali siano i criteri di sostituzione a favore dell'OEI.

Sul punto, si può argomentare verso un criterio formale e uno sostanziale. Il primo comporta che la successione possa avvenire solo tra norme perfettamente identiche o, quantomeno, altamente simili: soluzione, questa, che non tiene in considerazione la rapida evoluzione del diritto e, in particolare, degli strumenti tecnologici. Il secondo, al contrario, depone in favore di una sovrapposizione di istituti giuridici e non di testi normativi.

Come evidenziato in dottrina¹⁰⁷, non può che propendersi per la seconda soluzione per ragioni di flessibilità e ammodernamento della disciplina, nonché sulla base della *ratio* normativa che mira a rafforzare, velocizzare e semplificare l'acquisizione transfrontaliera delle prove. E ciò a maggior ragione se si considera che le spiegazioni che accompagnano la Carta di Nizza (a cui l'art. 6 TUE ha fornito la stessa efficacia giuridica dei trattati), che elencano

¹⁰³ Considerando n. 44 della Direttiva 2014/41/UE.

¹⁰⁴ Considerando n. 56 del regolamento 2018/1805/UE.

¹⁰⁵ L'Irlanda ha trapianto la DQ 2003/577/GAI per il tramite della *Schedule 5 del Criminal Justice (Mutual Assistance) Act 2008*.

¹⁰⁶ La si rinviene, senza pretesa di esaustività, nell'art. 31 DQ 2002/584/GAI, nell'art. 35 DQ 2008/615/GAI, nell'art. 26 DQ 2008/909/GAI e nell'art. 23 DQ 2008/947/GAI.

¹⁰⁷ S. MONTALDO, *La scadenza del termine*, op. cit., pp. 20 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 41.

i «diritti corrispondenti» – previsti dell'art. 52, paragrafo 3, della stessa Carta – a quelli previsti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottano un approccio sostanziale e non formale, avallato e recepito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰⁸.

Per quanto riguarda più da vicino le disposizioni sostituite, non ci sono al momento documenti europei ufficiali che ne forniscono un elenco esaustivo e nell'ultimo report di Eurojust sull'OEI del novembre 2020 si evidenzia come sia necessaria una maggiore chiarezza sul punto¹⁰⁹.

Un tentativo di elencazione era stato compilato nel corso della procedura che ha portato all'adozione della Direttiva 2014/41/UE¹¹⁰, che comprendeva i principi generali in tema di misure investigative e trasferimento di prove¹¹¹; il temporaneo trasferimento di detenuti per

¹⁰⁸ V. C.G.U.E, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, *W.Ż.*, causa C-487/19: «laddove la Carta preveda diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta è inteso ad assicurare la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest'ultima e i corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione. Secondo le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), l'articolo 47, secondo comma, della Carta corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v., in tal senso, sentenze del 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, EU:C:2019:628, punto 39 e giurisprudenza citata, nonché del 26 marzo 2020, Riesame Simpson/Consiglio e HG/Commissione, C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232 punto 72)».

¹⁰⁹ Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, novembre 2020, p. 20, disponibile su https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2020-11/2020-11_EIO-Casework-Report_CORR_.pdf: «Eurojust's casework confirms that there are still questions and doubts about the meaning of the term 'corresponding provisions' referred to in Article 34(1) EIO DIR (15). No comprehensive list is available, as yet, indicating the exact provisions that will be replaced (16). The 2017 Joint Eurojust–EJN Note (17) assembles the views of EJN contact points on the interpretation of the term 'corresponding provisions', and the 2019 Joint Eurojust–EJN Note (18) includes some criteria that can be helpful in assessing whether an EIO or another instrument should be used. Yet, despite these useful tools, in some Eurojust cases there was still a need for clarification on the use of LoRs and/or EIOs, particularly in relation to the sending and serving of procedural documents (Article 5 of the 2000 MLA Convention), the restitution of objects to the rightful owner (Article 8 of the 2000 MLA Convention) and the sending of (information related to) criminal judgments».

¹¹⁰ Consiglio dell'Unione europea, *Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters List of provisions of currently existing legal instruments that may be affected*, 14445/11, 2010/0817/COD), 21 settembre 2011, disponibile su <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14445-2011-INIT/en/pdf>.

¹¹¹ Artt. 3, 7 e 13 della Convenzione di Strasburgo; art. 3 del primo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo; articoli da 1 a 7 della Convenzione di Bruxelles.

CAPITOLO I

scopi investigativi¹¹²; la videoconferenza¹¹³ e la teleconferenza¹¹⁴; le informazioni sui conti bancari¹¹⁵, sulle transazioni bancarie¹¹⁶ e sul monitoraggio dei conti¹¹⁷; le consegne controllate¹¹⁸; le indagini che presuppongono il monitoraggio in tempo reale, continuativamente e per un certo periodo di tempo¹¹⁹. Nel 2017, poi, una nota di Eurojust¹²⁰ ha elencato, *a contrario*, una serie di disposizioni che non dovrebbero essere sostituite dall'OEI. In particolare, con riferimento alla Convenzione di Strasburgo del 1959, agli Accordi di Schengen e alla Convenzione di Bruxelles, sono indicati l'invio a mezzo posta e consegna di atti del procedimento (art. 5 Convenzione di Bruxelles)¹²¹; lo scambio spontaneo di informazioni (art. 7 Convenzione di Bruxelles); la richiesta di consenso per l'utilizzo, come prove, di informazioni già fornite tramite i canali di cooperazione di polizia (art. 39 Accordi di Schengen); le misure internazionali di cooperazione di polizia, quali la sorveglianza e la ricerca all'estero (titolo III, capitolo I)¹²².

Nonostante i citati tentativi, il significato delle “corrispondenti” disposizioni è «tuttora un aspetto critico», in quanto «è ormai emerso chiaramente che esistono interpretazioni differenti negli Stati membri in relazione ad alcuni provvedimenti e disposizioni, il che occasionalmente provoca attriti»¹²³. Infatti, alcuni Stati hanno recepito la Direttiva elencando le disposizioni che ritengono sostituite, mentre altri o sono rimasti silenziosi o hanno adottato strumenti non vincolanti di *soft law*¹²⁴ o si sono limitati a trascrivere il contenuto dell'art. 34, par. 1, Direttiva 2014/41/UE (Lussemburgo, Olanda e Portogallo).

¹¹² Art. 11 della Convenzione di Strasburgo; art. 9 della Convenzione di Bruxelles; art. 13 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹³ Art. 10 della Convenzione di Bruxelles; art. 9 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹⁴ Art. 11 della Convenzione di Bruxelles; art. 9 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹⁵ Art. 1 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹⁶ Art. 2 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹⁷ Art. 3 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo.

¹¹⁸ Art. 18 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959; art. 12 della Convenzione di Bruxelles.

¹¹⁹ Con riferimento alle indagini sotto copertura: art. 19 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959; art. 14 della Convenzione di Bruxelles. Con riferimento alle intercettazioni: l'intero titolo III della Convenzione di Bruxelles.

¹²⁰ Eurojust, *Note on the meaning*, op. cit., p. 2

¹²¹ Alcuni punti di contatto della Rete Giudiziaria Europea non condividono tale conclusione e ritengono che siano ricompresi nella Direttiva 2014/41/UE

¹²² Questo punto è in realtà controverso, in quanto alcuni punti di contatto della Rete Giudiziaria Europea ritengono che la Direttiva 2014/41/UE possa essere utilizzata per alcune misure di sorveglianza.

¹²³ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, giugno 2019, p. 5, https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_IT.pdf.

¹²⁴ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 5.

Sembra dunque necessario provare a fare chiarezza su quali possano essere le “corrispondenti disposizioni” sostituite dalla Direttiva, anche in considerazione del fatto che il d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108, di recepimento della Direttiva 2014/41/UE, non contiene alcuna norma che possa essere utile allo scopo e, di conseguenza, essendo spirato il termine per il recepimento, dovrebbe trovare applicazione diretta anche nel nostro ordinamento l’art. 34 Direttiva 2014/41/UE, essendo tale ultima norma di una precisione tale da consentire di esplicitare effetti precettivi nei singoli ordinamenti nazionali¹²⁵.

Per quanto riguarda la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d’Europa, del 20 aprile 1959, si possono ritenere sostituiti i titoli I (disposizioni generali), II (commissioni rogatorie), III (consegna di atti procedurali e di decisioni giudiziarie comparsa di testi, periti e persone perseguite), V (procedura), VIII (disposizioni finali). Ciò non significa, però, che i titoli IV (casellario giudiziale) e VI (denuncia ai fini di perseguimenti) non siano stati “abrogati”. Invero, i titoli IV e VI sono oggi disciplinati dalla DQ 2009/315/GAI del 26 febbraio 2009, relativa all’organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziale (ECRIS), così come modificata dalla Direttiva 2019/884/UE del 17 aprile 2019¹²⁶. Anche il primo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo (1978) è stato sostituito, per la maggior parte delle disposizioni, dagli strumenti europei attualmente vigenti. Più nello specifico, è doveroso segnalare che la Direttiva 2014/41/UE ha preso il posto del titolo I (rifiuto della reciproca assistenza per i reati fiscali); e la DQ 2008/947/GAI¹²⁷, la DQ 2005/214/GAI¹²⁸ e la DQ 2008/909/GAI¹²⁹ hanno sostituito il titolo II.

Con riferimento alla CAAS, le potenziali “corrispondenti disposizioni” sono contenute nel titolo III («polizia e sicurezza») e, in particolare, nei suoi capitoli I («cooperazione tra

¹²⁵ Del medesimo avviso S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, op. cit., pp. 199-200.

¹²⁶ In merito allo scambio di informazioni sulle condanne riguardanti soggetti non appartenenti all’UE o apolidi è stato istituito l’ECRIS-ECN ad opera del regolamento 2019/816/UE «del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) e integrare il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali, e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726».

¹²⁷ «Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive».

¹²⁸ «Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie».

¹²⁹ «Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell’Unione europea».

forze di polizia») e II («assistenza giudiziaria in materia penale»). Si è visto come Eurojust ritenga che il capitolo I sia sostanzialmente tuttora in vigore, in quanto riferito alla cooperazione di polizia e non anche alla cooperazione giudiziaria. Vi è però da osservare come alcune operazioni di polizia si situino in una zona grigia tra le stesse e l'assistenza giudiziaria. In particolare, se sembrano non porre particolari problemi lo scambio di informazioni tra le forze di polizia finalizzata alla prevenzione e alla ricerca di fatti punibili come reati (art. 39 CAAS), la sorveglianza transfrontaliera (art. 40 CAAS)¹³⁰ e l'inseguimento transfrontaliero (art. 41 CAAS), maggiori questioni suscita lo strumento previsto dall'art. 44 CAAS. Quest'ultimo consente alle parti contraenti di installare «specialmente nelle regioni di frontiera, linee telefoniche, radio, telex ed altri collegamenti diretti per facilitare la cooperazione fra forze di polizia e doganali, in particolare per la trasmissione in tempo utile di informazioni nell'ambito dell'osservazione e dell'inseguimento transfrontalieri». È evidente come queste operazioni possano sfociare in intercettazioni di telecomunicazioni o in acquisizioni di elementi di prova in tempo reale, con il rischio di un aggiramento surrettizio delle garanzie previste dalla Direttiva 2014/41/UE. È pertanto preferibile ritenere che le operazioni di polizia annoverate nell'art. 44 CAAS siano ricomprese tra le “disposizioni corrispondenti” sostituite dalla Direttiva 2014/41/UE. Inoltre, devono ritenersi sostituite anche le disposizioni previste dal capitolo II del titolo III, ad eccezione di quelle riguardanti la comunicazione di atti del procedimento (art. 52 CAAS).

La sostituzione delle “corrispondenti disposizioni” della Convenzione di Bruxelles e del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959¹³¹ devono essere trattate congiuntamente, in quanto le stesse presentano tratti reciprocamente sovrapponibili. Devono intendersi certamente sostituite le disposizioni riguardanti le formalità e le procedure (artt. 4 e 6 Convenzione di Bruxelles – artt. 7 e 8 secondo protocollo addizionale); il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini di un'indagine (art. 9 Convenzione di Bruxelles – artt. 13 e 14 secondo protocollo addizionale), con esclusione dei casi di trasferimento al solo fine di partecipare a un processo¹³²; l'audizione mediante videoconferenza

¹³⁰ È lo stesso considerando 9 della Direttiva 2014/41/UE a statuire che «la presente Direttiva non dovrebbe applicarsi alle osservazioni transfrontaliere di cui alla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen».

¹³¹ In questa sede non sono presi in considerazione gli articoli da 1 a 6 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959, dal momento che gli stessi modificano parti della Convenzione di Strasburgo del 1959, che sono già state trattate nel capoverso relativo a quest'ultima.

¹³² Il considerando 25 specifica infatti che qualora la persona indagata o imputata «debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale, anche per comparire dinanzi a un organo

(art. 10 Convenzione di Bruxelles – art. 9 secondo protocollo addizionale); l'audizione mediante teleconferenza (art. 11 Convenzione di Bruxelles – art. 10 secondo protocollo addizionale); le consegne sorvegliate (art. 12 Convenzione di Bruxelles – art. 18 secondo protocollo addizionale); le operazioni di infiltrazione o sotto copertura (art. 14 Convenzione di Bruxelles – art. 19 secondo protocollo addizionale); le intercettazioni di telecomunicazioni (artt. 17, 18, 20-22 Convenzione di Bruxelles); nonché la responsabilità civile e penale dei funzionari (artt. 15-16 Convenzione di Bruxelles – artt. 21-22 secondo protocollo addizionale) e la protezione dei dati personali (art. 23 Convenzione di Bruxelles).

Altre due certezze, di segno opposto, sono dettate dal considerando 9 Direttiva 2014/41/UE, il quale prevede che non sono sostituite le disposizioni riguardanti le osservazioni transfrontaliere (art. 17 secondo protocollo addizionale), nonché dall'art. 3 Direttiva 2014/41/UE, che dal suo canto esclude dall'ambito di applicazione della Direttiva stessa le squadre investigative comuni (SIC), ad eccezione dei casi in cui sia necessario l'intervento di un Paese estraneo alla SIC (art. 13 Convenzione Bruxelles – art. 20 secondo protocollo addizionale). Tra le disposizioni non sostituite, inoltre, dovrebbe risultare anche l'invio a mezzo posta e la consegna degli atti del procedimento (art. 5 Convenzione di Bruxelles – art. 16 secondo protocollo addizionale), nonché la restituzione dei beni al legittimo proprietario (art. 8 Convenzione di Bruxelles - art. 12 secondo protocollo addizionale); se il legittimo proprietario è la vittima del reato, tuttavia, troverà oggi applicazione l'art. 29 Regolamento 2018/1805/UE.

Il discorso diventa più complesso con riferimento allo scambio spontaneo di informazioni, che si sostanziano, per l'art. 7 Convenzione di Bruxelles, nella possibilità per gli Stati Membri di «procedere ad uno scambio di informazioni, senza che sia presentata una richiesta a tal fine»; ovvero, per il secondo protocollo addizionale, nella facoltà di «trasmettere alle autorità competenti di un'altra Parte informazioni raccolte nel quadro di una propria indagine, se ritengono che la comunicazione delle informazioni possa aiutare la Parte destinataria a intraprendere o condurre a buon fine indagini o procedure oppure che dalle informazioni possa scaturire una domanda formulata da questa Parte in virtù della Convenzione o dei suoi Protocolli».

Come visto, secondo Eurojust lo scambio spontaneo di informazioni non rientra tra le

giurisdizionale per essere processata, dovrebbe essere emesso un mandato d'arresto europeo (MAE) in conformità della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio».

disposizioni sostituite dalla Direttiva 2014/41/UE, ma ci si deve domandare se una tale conclusione sia condivisibile. Invero, lo scambio spontaneo di informazioni potrebbe essere utilizzato per “bypassare” le formalità richieste dalla Direttiva per l’ottenimento, quale prova in dibattimento o quale elemento di prova per condurre a buon fine le indagini, di documenti in possesso di un’ autorità giudiziaria straniera. In questa situazione uno scambio spontaneo di informazioni deve ritenersi inammissibile e, pertanto, dovrebbe trovare applicazione la Direttiva 2014/41/UE con specifico riferimento a un ordine volto ad ottenere documenti utilizzabili in un procedimento penale. Al contrario, uno scambio spontaneo potrebbe essere ammissibile – e pertanto le disposizioni non dovrebbero essere sostituite – nel caso in cui un’ autorità giudiziaria abbia a disposizione elementi dai quali possa astrattamente promanare un procedimento penale. In tali casi, tuttavia, una volta incardinato quest’ultimo, gli elementi acquisiti tramite scambio spontaneo di informazioni dovrebbero ritenersi inutilizzabili, tanto nella fase investigativa quanto in quella dibattimentale, salvo che l’ autorità giudiziaria destinataria degli stessi non emetta un OEI formalmente volto alla loro acquisizione. Di conseguenza, lo scambio spontaneo di informazioni può ritenersi solo parzialmente non sostituito dalla Direttiva 2014/41/UE e, in particolare, con riferimento agli scambi di informazioni che sono temporalmente collocati nella fase pre-investigativa o pre-procedimentale e che sono volti all’incardinamento di un procedimento penale. In altre parole, gli scambi di informazioni dovrebbero ritenersi ammissibili solo quali *notitia criminis*.

Per sintetizzare quanto sin qui esposto, l’OEI non ha sostituito le – e dunque non trova applicazione in relazione alle – disposizioni riguardanti i sequestri preventivi e conservativi (che nella terminologia unionale sono definiti più genericamente “provvedimenti di congelamento”), la confisca, le SIC, le osservazioni transfrontaliere, la denuncia e il trasferimento di procedimenti, la notificazione e comunicazioni di atti del procedimento anche a mezzo posta, lo scambio spontaneo di informazioni (ove, come visto, utilizzate ai fini della trasmissione della *notitia criminis*), nonché tutte le disposizioni riguardanti la mera cooperazione di polizia¹³³.

5.5. Ulteriori questioni sul regime intertemporale

¹³³ Sul punto si veda anche E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*, Tirant lo blanch, 2021, pp. 93 ss.; S. MONTALDO, *A caccia di... prove. L’ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell’ordinamento italiano*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 11.

La dottrina¹³⁴ si è domandata quale avrebbe potuto essere lo scenario nel caso in cui, a seguito dello spirare del termine del 22 maggio 2017, gli Stati non avessero implementato la Direttiva 2014/41/UE (e come visto ciò è accaduto).

Il dubbio interpretativo può essere posto nei seguenti termini: allo scadere del termine concesso agli Stati per implementare la Direttiva, le corrispondenti disposizioni sarebbero state sostituite anche nei confronti degli Stati Membri inadempienti? In altre parole, ci si domandava se la Direttiva potesse avere un effetto diretto anche in assenza dell'implementazione degli Stati membri.

Alla questione è stata data risposta negativa¹³⁵ sulla base di quattro argomenti, uno di natura letterale e tre di natura sistematica. Con riferimento al primo, la Direttiva 2014/41/UE utilizza il termine *sostituzione*, non quello di *abrogazione* o *abolizione*: la sostituzione delle corrispondenti disposizioni anche nei confronti degli Stati inadempienti comporterebbe una sostanziale abolizione, in contrasto con il tenore letterale della norma. In relazione, invece, alle argomentazioni di natura sistematica, si è evidenziato che, in primo luogo, l'abolizione comporterebbe una regressione al principio di reciprocità precedente agli strumenti di mutua assistenza giudiziaria, apertamente in contrasto con gli «obiettivi di rafforzamento e semplificazione della cooperazione giudiziaria sottesi alla Direttiva»¹³⁶; in secondo luogo, le precedenti convenzioni continuano a trovare applicazione nei confronti di Irlanda e Danimarca, che non sono vincolate dalla Direttiva 2014/41/UE: sarebbe illogico ritenere che l'ultrattività degli strumenti di mutua assistenza sia ammissibile solo in relazione a questi ultimi due Stati e non anche con riferimento agli Stati inottemperanti; in terzo luogo, in un'analoga situazione, ma in tema di MAE, la Corte di Giustizia ha stabilito che «l'art. 32 della Decisione Quadro 2002/584 non osta all'applicazione, da parte dello Stato membro dell'esecuzione, della Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, stabilita con atto del Consiglio 27 settembre 1996 e sottoscritta in pari data da tutti

¹³⁴ S. MONTALDO, *La scadenza del termine*, op. cit., pp. 11 ss; S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 204; S. MONTALDO, *La scadenza del termine*, op. cit., pp. 12 s..

¹³⁵ Anche Eurojust ha evidenziato che «it appears that a majority of the consulted national authorities is inclined to give a "pragmatic", "teleological" interpretation of Article 34(1) EIO DIR, meaning that they would continue to use the currently existing MLA Conventions in their relation with Member States that did not transpose the EIO DIR in time» (Eurojust, *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive*, 2 maggio 2017, disponibile su https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_RegistryDoc/EN/3112/0/0, p. 7).

¹³⁶ S. MONTALDO, *La scadenza del termine*, op. cit., p. 13.

CAPITOLO I

gli Stati membri, anche se tale Convenzione è divenuta applicabile in detto Stato solo posteriormente al 1 gennaio 2004»¹³⁷ (data entro la quale avrebbe dovuto essere implementata la DQ 2002/584/GAI)¹³⁸.

Ad oggi, tuttavia, nonostante alcuni Stati abbiano recepito tardivamente la Direttiva, non vi è stata alcuna pronuncia da parte della Corte Giustizia sullo specifico tema dell'art. 34 Direttiva 2014/41/UE; pertanto, può ritenersi che il problema non si sia stato sollevato nella pratica, sebbene alcuni Stati Membri pare non abbiano aderito all'impostazione appena prospettata.

Invero, in Francia l'art. 5 dell'*Ordonnance 1 decembre 2016 n. 2016-1636* stabilisce che «à compter du 22 mai 2017, les demandes d'entraide sont adressées aux Etats membres selon le formalisme prévu pour les décisions d'enquête européenne, même aux Etats n'ayant pas à cette date transposé la directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale»; mentre in Lussemburgo l'art. 42 della legge di recepimento dispone che «les demandes d'entraide émanant d'États n'ayant pas transposé la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi sont assimilées à des demandes effectuées sur le fondement des dispositions de la directive et examinées conformément aux dispositions de la présente loi»¹³⁹. In altri termini, allo scadere del termine per il recepimento della Direttiva, la Francia ha ritenuto di trasmettere un OEI anche nei confronti dei Paesi che ancora non l'avevano trasposta (a differenza, per esempio, del Belgio che ha espressamente previsto di non trasmettere un OEI a

¹³⁷ C.G.U.E, Sez. III, 12 agosto 2008, *Goicoechea*, C-296/08.

¹³⁸ L'art. 48 della legge di recepimento portoghese ha accolto tale interpretazione: «*This law replaces, as from its entry into force, in the relations between Portugal and other Member States bound by Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the EIO in criminal matters, the corresponding provisions*» (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1996>).

¹³⁹ https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/08/01/a787/jo#art_40

un Paese che non ha trasposto la Direttiva¹⁴⁰; ovvero dei Paesi Bassi¹⁴¹ e del Portogallo¹⁴², i quali hanno stabilito che la legge di recepimento della Direttiva 2014/41/UE non si applica nelle relazioni con gli Stati che non l'hanno recepita); mentre il Lussemburgo ha optato per trattare le richieste di assistenza in materia probatoria ricevute da Stati che non hanno recepito la Direttiva 2014/41/UE con le forme di quest'ultima¹⁴³.

Ci si deve domandare, dunque, quale avrebbe potuto essere la sorte di un OEI emesso dalla Francia nei confronti di uno Stato Membro inadempiente che avesse ritenuto applicabili gli strumenti di mutua assistenza sino al momento della trasposizione della Direttiva.

Invero, la posizione francese potrebbe far trapelare un'inedita (forse azzardata) inclinazione verso una possibile applicazione diretta della Direttiva 2014/41/UE nei confronti degli Stati che, scaduto il termine, non l'hanno recepita. Come noto, infatti, le direttive, a differenza dei regolamenti, non hanno, in linea generale, effetti diretti. Tuttavia, è *ius receptum* della giurisprudenza unionale che le direttive possono vincolare gli Stati Membri (e le loro articolazioni periferiche) nei confronti dei cittadini (c.d. "effetto diretto verticale") qualora il termine per il recepimento sia spirato e le stesse siano «incondizionate e sufficientemente precise» da poter consentire una loro immediata azionabilità, dal momento che «particolarmente nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante Direttiva, imposto agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'efficacia dell'atto sarebbe attenuata se agli amministrati fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione in quanto elemento di diritto comunitario»¹⁴⁴.

Più recentemente, poi, la Corte di Giustizia ha ammesso un limitato "effetto diretto

¹⁴⁰ Art. 41 *Loi relative à la décision d'enquête euroéenne en matière pénale*, C-2017/12230 (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1968>): «§ 1er. La présente loi s'applique aux décisions d'enquête européennes reçues à partir du 22 mai 2017. § 2. Sans préjudice du paragraphe 1er, la présente loi ne s'applique pas dans le cadre des relations avec les Etats membres qui n'ont pas transposé la Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale».

¹⁴¹ L'art. II.B della legge di recepimento olandese stabilisce che «*De onderdelen A en B blijven buiten toepassing in relatie tot een andere lidstaat van de Europese Unie voor zover en voor zolang die lidstaat niet de maatregelen heeft getroffen die noodzakelijk zijn om richtlijn 2014/41/EU uit te voeren*» (Le parti A e B non si applicano in relazione a un altro Stato membro dell'Unione europea se e fintanto che tale Stato membro non ha adottato le misure necessarie per l'attuazione della Direttiva 2014/41/UE) (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1986>)

¹⁴² Art. 46 della legge di recepimento portoghese (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1996>).

¹⁴³ Le tecniche di trasposizione hanno riverberato effetti anche sulle posizioni dei singoli Stati membri. Eurojust, *Eurojust meeting on the European investigation order. The Hague, 19–20 September 2018. Outcome Report*, dicembre 2018, pp. 4 s. evidenzia una mancanza di allineamento degli Stati sulle procedure da seguire nel caso in cui uno Stato abbia recepito la Direttiva, mentre un altro no.

¹⁴⁴ C.G.U.E, 19 gennaio 1982, *Becker c. Finanzmat Münster-Innenstadt*, C-8/81, §23.

orizzontale” tra cittadini ed enti di diritto privato «cui sia stato demandato da uno Stato membro l’assolvimento di un compito di interesse pubblico e che dispone a tal fine di poteri che eccedono quelli risultanti dalle norme applicabili nei rapporti fra singoli»¹⁴⁵.

Se, dunque, la *ratio* che si evince dalle decisioni dei Giudici del Lussemburgo è quella di ammettere un effetto diretto (verticale e limitatamente orizzontale tra privati) delle direttive, a condizione che gli Stati siano rimasti inoperosi nel recepimento delle stesse e al fine di evitare che un’Alta Parte si avvantaggi del mancato recepimento, potrebbe non essere peregrino sostenere l’idea dell’ammissibilità di un “effetto diretto orizzontale tra Stati”. Invero, qualora uno Stato volesse sottrarsi ai propri obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale potrebbe postergare *sine die* il recepimento della Direttiva che gli impone di riconoscere i provvedimenti di un altro Stato, così avvantaggiandosi delle minori formalità e degli ampi motivi di rifiuto alla cooperazione previsti dagli strumenti di mutua assistenza (fatte salve le sanzioni pecuniarie eventualmente irrogate dalla Commissione a seguito delle procedure di infrazione, che possono veicolare un effetto deterrente).

5.6. Le notificazioni alla Commissione

Pare infine necessario soffermarsi sulle notificazioni alla Commissione europea previste dai paragrafi 3 e 4 dell’art. 34 Direttiva 2014/41/UE. Come noto, dette disposizioni stabiliscono che, in aggiunta alla Direttiva, «gli Stati membri possono concludere o continuare ad applicare accordi o intese bilaterali o multilaterali con altri Stati membri successivamente al 22 maggio 2017, solo laddove i medesimi consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi della presente Direttiva e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove e a condizione che sia rispettato il livello delle salvaguardie di cui alla presente Direttiva».

A tal riguardo sono formalmente pervenute alla Commissione europea notificazioni da parte di undici Stati membri, benché alcune di esse di fatto non abbiano un contenuto conforme a quanto previsto dalla Direttiva.

Invero, la Romania ha comunicato che continuerà ad applicare la Convenzione sul Cybercrime, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001 (Convenzione di Budapest); analogamente, la Lituania ha anch’essa notificato che, oltre a continuare a fare applicazione della

¹⁴⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 10 ottobre 2017, *Farrel c. Whitty*, C-413/15, §35. L’effetto diretto tra privati era già stato affermato da C.G.U.E, 12 luglio 1990, *Foster e altri c. British Gas plc*, C-188/89.

Convenzione di Budapest, sarà vincolata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (e i relativi protocolli aggiuntivi), firmata a Palermo il 15 novembre 2000 (Convenzione di Palermo). Si deve però notare come le citate notificazioni siano prive di effetti precettivi, in quanto le Convenzioni di Budapest e Palermo richiamate non sono state sostituite dalla Direttiva 2014/41/UE e, di conseguenza, continuano a trovare applicazione a prescindere da una formale notifica alla Commissione europea. Anche la comunicazione della Francia non ha ricadute sul piano applicativo, in quanto si limita ad affermare che continuerà ad applicare gli strumenti di cooperazione tra forze di polizia e doganali, consapevole che gli stessi non sono stati oggetto dell'intervento sostitutivo della Direttiva 2014/41/UE¹⁴⁶.

Austria, Repubblica Ceca, Germania, Italia, Olanda, Polonia, Slovacchia e Spagna – a differenza delle già menzionate Francia, Lituania e Romania – hanno notificato la loro intenzione di continuare a fare applicazione di talune preesistenti convenzioni, nella maggior parte dei casi bilaterali, con eccezione per l'Olanda, che continuerà ad applicare anche due convenzioni trilaterali con Belgio e Lussemburgo¹⁴⁷, e dell'Austria, che ha ritenuto di mantenere in vita una Convenzione quadrilaterale con Bulgaria, Croazia e Ungheria.

A prescindere da alcuni strumenti di cooperazione di polizia o doganale, che troverebbero applicazione, come visto, a prescindere da una formale notifica, vi è da domandarsi quale sia la sorte delle notificazioni effettuate da uno Stato membro intese a irrobustire la cooperazione con un altro Stato membro che, al contrario, è rimasto silente. È il caso della Spagna e del Portogallo: la prima ha notificato di voler applicare la «*Convenio entre el*

¹⁴⁶ Il testo ufficiale della notificazione francese, rinvenibile sul sito della Rete Giudiziaria Europea (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/120/-1/-1-1>), è il seguente: «the French authorities hereby notify the European Commission, as a point of clarification, that they will continue to apply all the provisions of existing bilateral and multilateral instruments of cooperation between police authorities and customs authorities concluded with other EU Member States. These instruments are indeed not affected by Directive 2014/41/EU, the scope of which concerns judicial cooperation in criminal matters».

¹⁴⁷ Sul sito della Rete Giudiziaria Europea (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/120/-1/-1-1>) risulta che l'Austria ha notificato la volontà di applicare trentuno precedenti accordi bilaterali o multilaterali con Germania, Italia, Croazia, Slovacchia, Slovenia, Repubblica Ceca, Bulgaria, Polonia, Romania, Belgio, Spagna, Francia, Lussemburgo, Olanda, Ungheria, Lettonia; la Repubblica Ceca ha notificato la volontà di applicare sette precedenti accordi bilaterali con Austria, Germania e Slovacchia; la Germania ha notificato la volontà di applicare nove precedenti accordi bilaterali con Francia, Italia, Olanda, Austria, Polonia, Repubblica Ceca; l'Italia ha notificato la volontà di applicare due precedenti accordi bilaterali con Austria e Germania; l'Olanda ha notificato la volontà di applicare tre precedenti accordi trilaterali con Belgio, Lussemburgo, Germania e Olanda e uno bilaterale con la Germania; la Polonia ha notificato la volontà di applicare cinque precedenti accordi bilaterali con Germania, Austria, Slovacchia, Repubblica Ceca (*rectius*: Repubblica Socialista Cecoslovacca); la Slovacchia ha notificato la volontà di applicare un precedente accordo bilaterale con la Repubblica Ceca; la Spagna ha notificato la volontà di applicare un precedente accordo bilaterale con il Portogallo.

Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997» (Convenzione Spagna-Portogallo), mentre il secondo non ha effettuato alcuna comunicazione.

Si potrebbe sostenere che lo Stato che è rimasto silente abbia ritenuto che gli accordi preesistenti non consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi della Direttiva o che non contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove. In tal modo, vi sarebbe una sorta di “sostituzione implicita” degli strumenti che si pongono in contrasto con la Direttiva 2014/41/UE (*rectius*: non ritenuti dallo Stato interessato migliorativi delle condizioni della stessa), in quanto non possono trovare applicazione in assenza di una notifica espressa.

Al contrario, secondo parte della dottrina, gli accordi notificati da una sola parte sono «ancora in vigore in base alla normativa che regola gli accordi internazionali tra gli Stati»¹⁴⁸. Tale conclusione è maggiormente condivisibile, in quanto le disposizioni (più o meno) espressamente abrogate dalla Direttiva 2014/41/UE si limiterebbero a ben definiti accordi internazionali o decisioni quadro; al contrario, con riferimento ai trattati bilaterali o multilaterali, la Direttiva non prevede la sostituzione di questi ultimi in assenza di notificazione. Ne consegue che tutti gli altri trattati dovrebbero ritenersi ancora in vigore a prescindere dalla notificazione effettuata ai sensi dell’art. 34, paragrafi 3 e 4, Direttiva 2014/41/UE. A questa, infatti, potrebbe essere attribuita un’efficacia pari a quella che ha la “pubblicità notizia” nel nostro ordinamento: la stessa sarebbe un onere per lo Stato, ma non inficerebbe la validità dell’atto di cui si fornisce pubblicità (salve eventuali sanzioni, che nel caso di specie non sembrano previste, per lo Stato inadempiente).

Infine, a prescindere dal fatto che entrambi gli Stati abbiano effettuato la notificazione, ovvero solo uno di essi abbia agito in tal senso, vi è comunque da evidenziare come gli accordi che siano peggiorativi delle garanzie previste dalla Direttiva 2014/41/UE (o addirittura che siano in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento) non possono trovare concreta applicazione¹⁴⁹. In primo luogo, ciò è dovuto al principio di leale collaborazione, oggi cristallizzato nell’art. 4, par. 3, TUE, il quale impone agli Stati di non adottare strumenti contrastanti con il diritto UE. In secondo luogo, depone in tal senso la formulazione letterale

¹⁴⁸ S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, op. cit., p. 213.

¹⁴⁹ Per un approfondimento sul tema v. *amplius* S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell’Unione europea e Stati terzi*, Ledizioni, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, 2017, pp. 259 ss.

L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

dell'art. 351 TFUE, il quale stabilisce che gli Stati «ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate» tra Convenzioni stipulate precedentemente all'adesione all'UE e le disposizioni dei Trattati.

CAPITOLO II

GLI OBIETTIVI E I PRINCIPI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli obiettivi – 3. Il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca – 3.1. Il mutuo riconoscimento: caratteri generali – 3.2. Il (temperato) mutuo riconoscimento della Direttiva 2014/41/UE – 4. I principi di necessità e proporzionalità – 4.1. Il concetto proporzionalità: considerazioni generali – 4.2. La necessità e la proporzionalità nell'OEI: un'endiadi? – 4.3. Necessità e proporzionalità tra autorità di emissione e autorità di esecuzione – 4.4. La proporzionalità nell'ordinamento italiano – 4.5. Spunti comparatistici – 5. Il principio di equivalenza – 5.1. Il principio di equivalenza nell'ordinamento italiano – 5.2. Spunti comparatistici – 6. Il principio di specialità – 6.1. Il principio di specialità nell'ordinamento interno... – 6.2. ... e in altri ordinamenti

1. Premessa

Prima di affrontare nel dettaglio la disciplina dell'ordine europeo di indagine in tutti le sue quattro fasi, dall'emissione all'esecuzione, passando per la trasmissione e il riconoscimento, è preliminarmente necessario soffermarsi sugli obiettivi e sui principi (tra cui il principio del mutuo riconoscimento – o riconoscimento reciproco –, i principi di necessità e proporzionalità, il principio di equivalenza e il principio di specialità) su cui si fonda.

Detti principi, e in particolar modo quelli di necessità e proporzionalità, letti alla luce anche degli obiettivi della Direttiva, caratterizzano trasversalmente tutta la vita di un OEI e sono i cardini attorno ai quali l'opera interpretativa deve ruotare. In dottrina, infatti, è stato sottolineato come quest'ultima esprima un «diritto costruito per principi», in cui ci si «affida ampiamente all'elaborazione creativa»¹ dei giudici, ponendosi così in netta controtendenza con quello che è l'ideale illuministico di una legge chiara e precisa e di un “montesquieuiano” giudice *bouche de la loi*². Vi sarebbe, in altre parole, «il passaggio da una

¹ R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 1.

² C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois. Livre onzième. Chapitre VI*, 1758: «*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi*».

legalità a carattere eminentemente “normativo”, dove conta la corrispondenza dell’azione alla legge, a una legalità di tipo “giudiziale” dove conta invece (anche) la conformità dell’azione allo scopo»³, con tutti i rischi che ciò comporta, primo fra tutti un (grande) problema di indeterminatezza e, di conseguenza, di (im)prevedibilità.

Una normazione per principi, caratteristica di quello che taluni definiscono diritto «post-moderno»⁴, sebbene ponga serie questioni applicative soprattutto con riferimento alla certezza del diritto, è tuttavia fisiologica per il legislatore europeo, il quale deve disciplinare una materia tenendo in considerazione l’eterogeneità di numerosi sistemi processuali nazionali. La principale conseguenza della normazione per principi è, pertanto, una «metamorfosi del giudice»⁵ che si trova ad affrontare «norme a struttura aperta»⁶: il giudice del merito è così chiamato ad applicare principi generali al caso concreto⁷, analogamente a quanto avviene nel giudizio avanti la Corte EDU. L’importanza del formante giurisprudenziale (tipico dei sistemi di *common law*) sarà, dunque, sempre più fondamentale anche per i Paesi di *civil law*, che sono chiamati, nel presente e nel futuro, ad affrontare nuove sfide veicolate dalla globalizzazione e legate alla natura sovranazionale della legislazione europea in tema di cooperazione giudiziaria penale, abbandonando così «l’anacronistico conservatorismo che ancora impera in certa dottrina ed in certa giurisprudenza»⁸. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in questa materia, sarà dunque imprescindibile, anche in assenza di un vero e proprio principio di *stare decisis*: l’autorevolezza della giurisprudenza comunitaria, anche grazie ai rarissimi casi di *révirement* e alle proprie *rationes decidendi*, indurrà verosimilmente le autorità nazionali a prendere decisioni che non si discostano dalla stessa (benché astrattamente possibile) o a rimettere una questione pregiudiziale per sciogliere gli eventuali

³ R.E. KOSTORIS, *L’OEI nella dissolvenza*, op. cit., p. 2.

⁴ R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016.

⁵ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell’Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p. 690.

⁶ M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull’Ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 91.

⁷ «It appears clear that the EIO D could have a much more profound effect: changing the structure of the national evidentiary provisions, turning many of them from rigid “rules” into flexible “principles» (M. DANIELE, *Evidence gathering in the realm of the European investigation order. From national rules to global principles*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 180).

⁸ F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall’ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 4.

dubbi interpretativi rimasti⁹.

2. Gli obiettivi

La Direttiva 2014/41/UE non presenta un considerando dedicato specificamente agli obiettivi che si perseguono, ma gli stessi possono in ogni caso rinvenirsi da una lettura sistematica e complessiva del nuovo strumento normativo, nonché dal *Detailed Statement* del Consiglio dell'Unione europea presentato unitamente alla proposta di Direttiva¹⁰.

Più nello specifico, il considerando 38 è l'unico a stabilire espressamente che un obiettivo della Direttiva è «il riconoscimento reciproco di decisioni adottate ai fini dell'acquisizione di prove», prestando sempre «particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti» fondamentali (considerando 12). La Corte di Giustizia, dal canto suo, ritiene che, dai considerando da 5 a 8, si possa desumere l'obiettivo di «sostituire il quadro frammentario e complesso esistente in materia di acquisizione di prove nelle cause penale aventi dimensione transfrontaliera»¹¹. Inoltre, parte della dottrina sostiene che dal considerando 24 possa desumersi implicitamente un ulteriore obiettivo: l'istituzione di «un regime unico per l'acquisizione di prove»¹².

In ogni caso, benché la Direttiva non sembri prevedere dichiaratamente altri scopi, vi è da considerare che la stessa ha dato seguito a quelli che erano gli obiettivi previsti dal *Detailed Statement* del Consiglio e, di conseguenza, gli stessi dovrebbero essere considerati quali traguardi a cui la Direttiva è volta.

Il *Detailed Statement*, infatti, evidenzia come la Direttiva posseda un obiettivo generale che può essere declinato in sette fini specifici. Il primo consiste nel rafforzare la ricerca della verità nei procedimenti penali che presentano aspetti transnazionali¹³. I secondi, invece, sono volti a: 1) accelerare le procedure, in quanto portare a termine i procedimenti

⁹ M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 61.

¹⁰ Consiglio dell'Unione europea, *Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters – Detailed Statement*, 9288/10, ADD 2, 23 giugno 2010, pp. 21 s.

¹¹ C.G.U.E., 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §36.

¹² L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017, p. 427.

¹³ «The general objective is to improve the search for truth in criminal proceedings with a transnational aspect» (Consiglio dell'Unione europea, *Initiative*, op. cit., p. 21).

penali rapidamente è un elemento chiave per la qualità e l'efficienza del sistema (e della qualità della prova), nonché per il diritto dell'accusato ad essere giudicato entro un tempo ragionevole; 2) assicurare l'ammissibilità delle prove, dal momento che le stesse sono utili solamente se sono ammissibili in giudizio; 3) semplificare le procedure, onde consentire ai magistrati di cooperare agilmente ed evitare di imporre aggravii procedurali se non ove strettamente necessari; 4) mantenere un elevato livello di tutela di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo ai diritti processuali e al diritto a un equo processo, siccome la tutela dei diritti è una prerogativa imprescindibile e non può soccombere dinanzi ad esigenze di celerità; 5) ridurre i costi legati alla cooperazione; 6) accrescere la fiducia reciproca e la cooperazione tra gli Stati; 7) preservare le differenze e peculiarità dei sistemi nazionali e le loro culture giuridiche, atteso che il quadro legislativo unionale in materia probatoria è ampiamente eterogeneo.

Tutti gli obiettivi si possono rinvenire, in misura maggiore o minore, nel testo definitivamente approvato della Direttiva.

In particolare, l'obiettivo generale di rafforzare la tendenziale ricerca della verità nei processi penali si può rinvenire tanto nel citato considerando 38, quanto in tutti i *consideranda* e in tutte le disposizioni della Direttiva che recepiscono i sette obiettivi specifici.

Più nel dettaglio, la volontà di accelerare e semplificare le procedure (obiettivi 1 e 3) si rinviene in quelle disposizioni che prescrivono il rapporto diretto tra le autorità giudiziarie e la possibilità di consultazioni tra le stesse in caso di "incomprensioni"; l'obbligo di riconoscere ed eseguire un OEI senza imporre ulteriori formalità; il dovere di utilizzare modelli standardizzati per trasmettere e riconoscere un ordine.

Il mantenimento di un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali (obiettivo 4) può riscontrarsi, come affermazione di principio, nel considerando 12 («l'autorità di emissione dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti stabiliti nell'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»), nel considerando 18 («l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali [...] non è modificato per effetto della presente Direttiva») e nel considerando 39 («la presente Direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 TUE e dalla Carta»), nonché nell'art. 1, par. 4 («la presente Direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE»).

Da un punto di vista più puramente precettivo, invece, il rispetto dei diritti fondamentali

CAPITOLO II

può rinvenirsi in plurime disposizioni, tanto riguardanti lo Stato di emissione, quanto quello di esecuzione.

Con riferimento al primo, l'art. 6 dedicato alle condizioni di emissioni di un OEI prevede che un ordine di indagine può essere emesso solo se necessario e proporzionato, tenendo in considerazione i diritti delle persone coinvolte, e se avrebbe potuto essere emesso in un caso interno analogo; così disponendo la Direttiva impone di verificare i requisiti sostanziali e processuali per l'adozione di un atto di indagine interno (che dovrebbe, in linea di principio, rispettare i diritti fondamentali), a cui si aggiungono i requisiti di necessità e proporzionalità per l'emissione di un ordine europeo. In secondo luogo, l'accusato ha diritto, nello Stato di emissione, a un riesame delle ragioni di merito che sono alla base dell'atto di indagine con le stesse modalità che sono disponibili per gli atti di indagine nazionali. L'art. 14, par. 1, impone infatti agli Stati membri di assicurare «che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI».

Dal punto di vista della tutela dei diritti nello Stato di esecuzione, si devono in linea generale richiamare i motivi di non riconoscimento o non esecuzione di cui all'art. 11 e, tra questi, la lettera f) in particolare. Quest'ultima, infatti, consente allo Stato di esecuzione di rifiutare un OEI qualora sussistano «seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Inoltre, anche la possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine prevista dall'art. 10 può essere annoverata tra le disposizioni a tutela dei diritti fondamentali. Invero, l'art. 10 consente allo Stato di esecuzione di ricorrere a un diverso atto di indagine qualora lo stesso non sia esistente nel proprio ordinamento, o non sia disponibile in un caso interno analogo, o ancora si possa raggiungere il medesimo risultato con mezzi meno intrusivi. È possibile immaginare che l'indisponibilità in un caso interno analogo *in primis* (ma anche l'inesistenza nell'ordinamento interno) di un atto di indagine denoti una spiccata incisività dello strumento di indagine sui diritti fondamentali dell'individuo (quale può essere l'utilizzo del *trojan* a fini investigativi). Per giungere a un pieno rispetto di questi ultimi, è però indispensabile un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, anche se la Corte di Giustizia dell'UE, nel caso *Gavanozov II*¹⁴, sembra aver posto particolare attenzione alla tematica, anche a scapito di quelle ragioni di efficienza e celerità

¹⁴ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-582/19.

che storicamente sono state fortemente garantite dai giudici del Lussemburgo.

Dal canto loro, gli obiettivi di assicurare l'ammissibilità delle prove (obiettivo 2) e di preservare le differenze dei sistemi nazionali (obiettivo 7) sono in parte antinomici: per assicurare l'ammissibilità reciproca delle prove sarebbe, infatti, fondamentale una previa opera di armonizzazione dei sistemi probatori nazionali, la quale tuttavia ad oggi ancora non pare essere ancora all'orizzonte, sebbene astrattamente ammessa dall'art. 82 TFUE. L'ammissibilità delle prove è tuttavia garantita, almeno in parte, sotto un duplice aspetto. Il primo consiste nella possibile applicazione del principio della *lex fori*, il quale implica che lo Stato di esecuzione è tenuto ad attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione» (art. 9, par. 2). Il secondo riguarda una (apparente) forma embrionale di armonizzazione che si può rinvenire tanto nell'art. 10, par. 2, che impone agli Stati membri di dotarsi di una serie di atti di indagine che devono sempre essere presenti negli ordinamenti nazionali¹⁵, quanto nel Capo IV dedicato a «disposizioni specifiche per determinati atti di indagine».

Rimangono ancora gli obiettivi legati alla riduzione dei costi (obiettivo 5) e al rafforzamento del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca (obiettivo 6). Il primo è attuato nella Direttiva con l'imposizione di un rapporto diretto tra autorità giudiziarie, evitando così il filtro politico e l'impiego di personale umano che indirettamente comporta un incremento delle spese¹⁶, nonché dalla possibilità di applicare il principio della *lex fori* all'atto di indagine compiuto nello Stato di esecuzione: i costi, in questo caso, sono ridotti, in quanto si evita che il denaro pubblico venga impiegato in attività investigative che poi non possono essere utilizzate nello Stato di emissione. Il secondo (il rafforzamento della fiducia reciproca), invece, sembra poggiare sull'impostazione complessiva della Direttiva, che disegna uno strumento di mutuo riconoscimento, verosimilmente con la speranza di avviare (o continuare) un circolo virtuoso nel quale fiducia e riconoscimento reciproci consentano un processo di piena integrazione europea anche in materia (processuale) penale¹⁷.

¹⁵ In particolare, l'acquisizione di informazioni o prove già in possesso dell'autorità di esecuzione o contenute in banche dati; l'audizione di determinati soggetti nello Stato di esecuzione; atti di indagine non coercitivi; individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero di telefono o indirizzo IP.

¹⁶ I costi risparmiati consistono, in altre parole, nella possibilità di adibire un soggetto ad altre mansioni.

¹⁷ L'idea di un'integrazione tra giurisdizioni era già stata scorta vent'anni fa da E. SELVAGGI, *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 472, ma ad oggi – nonostante i numerosi passi avanti – ancora non si è compiuta.

3. Il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca

Come visto nel capitolo precedente, il mutuo riconoscimento – definito da taluni come «il punto di partenza di un diritto processuale penale europeo emergente»¹⁸ e come «*fundamental para una mejor cooperación judicial europea*»¹⁹ – denota un cambio radicale di prospettiva rispetto al tradizionale sistema di mutua assistenza, basato sul modello rogatorio/estradizionale, il quale trova tutt'oggi applicazione nell'ambito della cooperazione giudiziaria tra Stati appartenenti all'UE e Stati extra-UE o tra Stati UE vincolati e Stati UE non vincolati (*i.e.* in linea di massima Irlanda e Danimarca) dai nuovi strumenti di mutuo riconoscimento.

Non si può parlare di mutuo riconoscimento senza parlare di fiducia reciproca, perché in assenza di quest'ultima il primo non può operare²⁰. In breve, è necessario fidarsi per riconoscere ed eseguire una decisione straniera, nonostante ciò comporti un affievolimento del concetto di sovranità territoriale che gli Stati sono storicamente restii a cedere.

Nella difficile individuazione di un nucleo portante del concetto di fiducia reciproca, gli interpreti optano per un'esegesi a matrice multifattoriale²¹. Innanzitutto, non si può parlare esclusivamente di fiducia in termini generali, poiché nel caso concreto vi possono essere situazioni nelle quali vi è un fondato motivo di ritenere che un altro Stato non sia rispettoso dei diritti fondamentali (si pensi al test *Aranyosi e Căldăraru/Dorobantu*²²). Analogamente,

¹⁸ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, Springer, 2017, p. 108 («*Die gegenseitige Anerkennung ist Ausgangspunkt eines im Entstehen befindlichen europäischen Strafverfahrensrechts*»).

¹⁹ J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La orden europea de investigación penal en España*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 196.

²⁰ S. OLIVEIRA E SILVA, *Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: a headlong rush into Europe-wide harmonization?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, 13, p. 200.

²¹ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., pp. 111 ss.

²² C.G.U.E, Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 e C.G.U.E, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/18. Il test delineato dalle sentenze in esame impone agli Stati membri di verificare, in tema di MAE: 1) se vi sono «carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente»; 2) se in concreto il detenuto corra il rischio di un trattamento inumano o degradanti con specifico riferimento all'istituto penitenziario in cui sarà recluso. Per un approfondimento sul tema e sui risvolti dello stesso v. *ex multis* L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, 1, 2020; A. ROSANÒ, *Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e MAE*, in *Sist. Pen.*, 07 ottobre 2020; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*:

la fiducia può essere riscontrata tanto sul piano legislativo quanto su quello esecutivo e giudiziario²³. Inoltre, la fiducia reciproca non deve solamente essere creata, ma deve essere mantenuta nel corso del tempo. Infine, sebbene l'UE si fondi su principi comuni e condivisi, la fiducia reciproca è tanto più importante quanto più i sistemi giuridici nazionali sono diversi tra loro.

Anche la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha più volte evidenziato, in materia penale, la fondamentale importanza e il forte legame intercorrente tra il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca che, unitamente, consentono di rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia; ciò in quanto il clima di *confiance mutuelle* impone agli Stati, salva la sussistenza di deroghe eccezionali, di presumere il rispetto, da parte degli altri Stati, del «diritto dell'Unione e, in particolare, [de]i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»: «occorre ricordare, innanzitutto, che tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del mutuo riconoscimento, che si fonda a sua volta sulla fiducia reciproca tra questi ultimi, rivestono un'importanza fondamentale nel diritto dell'Unione, dato che consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Più specificamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di tali Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di ritenere, salvo che in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»²⁴.

recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 2, pp. 177 ss.; F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione dello Stato emittente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 18 aprile 2016.

Vi è, inoltre, chi ha sottolineato che «attraverso il test in concreto sembra delinearsi un altro aspetto del mutuo riconoscimento, una sorta di armonizzazione in concreto che si realizza attraverso le consultazioni. Questa armonizzazione va ad aggiungersi e ad integrare quella attuata attraverso la normativa dell'Unione» (P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1295).

²³ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 11.

²⁴ C.G.UE, Grande Sezione, 22 febbraio 2022, *X e Y*, C-562/21 e C-563/21, §40: «occorre ricordare, innanzitutto, che tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del mutuo riconoscimento, che si fonda a sua volta sulla fiducia reciproca tra questi ultimi, rivestono un'importanza fondamentale nel diritto dell'Unione, dato che consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Più specificamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di tali Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo». In senso conforme v., *ex multis*, C.G. UE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, *L e P*, C-354/20 e C-412/20, §35; C.G.UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, C-508/18 e C-82/19, §43; C.G.UE, Grande Sezione, 25 luglio 2018, *LM*, C-216/18, §§36-37; C.G.UE, Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15, §§77 ss.

Con la conseguenza che gli Stati membri non possono, salvo casi eccezionali, verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Paese²⁵.

Infine, è opportuno osservare come la fiducia reciproca alimenti il mutuo riconoscimento, così come quest'ultimo rafforzi la prima. All'intero di questo circolo virtuoso, il legislatore europeo – recependo le indicazioni fornite dall'applicazione del MAE – è intervenuto introducendo negli strumenti di mutuo riconoscimento i requisiti di proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali (che sulla carta non erano presenti nella DQ 2002/584/GAI ma sono stati ritenuti impliciti dalla giurisprudenza europea), rafforzando così la fiducia tra Stati²⁶.

3.1. Il mutuo riconoscimento: caratteri generali

Il mutuo riconoscimento, come concetto generale dell'Unione europea e proprio esclusivamente di quest'ultima²⁷, fonda le sue radici alla fine degli anni Settanta. Nel 1979, la Corte di Giustizia, con la sentenza *Cassis de Dijon*²⁸, giudicando in tema di libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo, ha ritenuto che un prodotto legalmente prodotto in uno Stato membro deve essere accettato in un altro Stato, salvi casi eccezionali. L'importanza del mutuo riconoscimento in questo settore è stata peraltro anche evidenziata dalla Commissione europea, la quale ha sottolineato come «*mutual recognition is a powerful factor for economic integration*»²⁹.

La positiva esperienza del mutuo riconoscimento sul mercato comune ha condotto, dall'inizio del nuovo millennio (anche se il primo riferimento al mutuo riconoscimento in materia penale lo si può rinvenire già nel corso del Consiglio europeo di Cardiff del 1998³⁰ e consolidato nel già citato Consiglio europeo di Tampere del 1999), all'adozione dello

²⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 22 febbraio 2022, *X e Y*, C-562/21 e C-563/21, §41.

²⁶ I. ANAGNOSTOPOULOS, *Criminal justice cooperation in the European Union after the first few “steps”: a defence view*, in ERA Forum, 2014, p. 19.

²⁷ M.A. RUIZ ALBERT, *La orden europea de investigación en Espana: armonias, acordes, disonancias*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 145.

²⁸ C.G.U.E, 20 febbraio 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78.

²⁹ Commissione europea, *Mutual recognition in the context of the follow-up to the Action Plan for the Single Market, communication from the Commission to the Council and the European Parliament*, COM(1999)299 final, p. 3.

³⁰ Uno dei programmi del Consiglio era «*to identify the scope for greater mutual recognition of decisions of each others courts*» (Consiglio europeo, *Cardiff European Council, 15th and 16th June 1998*, document no. SN 150/1/98 REV 1, §39).

stesso anche nella materia penale, nella speranza che lo stesso potesse rafforzare la cooperazione giudiziaria tra Stati e garantire maggiore sicurezza allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia³¹.

Prima di procedere oltre nell'analisi delle caratteristiche del mutuo riconoscimento, è opportuno evidenziare come parte della dottrina ritenga che la trasposizione dello stesso dalla materia mercantile a quella penale, in assenza di una previa opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali³², quantomeno sulle regole di ammissibilità probatoria, sia di ostacolo allo sviluppo di un clima di *confiance mutuelle* tra Stati³³ o che, se non altro, renda la stessa «non desiderabile»³⁴. Il rischio ipotizzato potrebbe essere, infatti, quello di ricorrere a strategie di *forum shopping* probatorio e che un «prova illegittima diventi utilizzabile solo perché è battezzata come “europea”»³⁵. Sul punto vi è però da considerare che il percorso che porta all'armonizzazione può essere condotto al contrario: il mutuo riconoscimento, così come ideato, può indurre gli Stati membri, tramite l'UE, ad adottare strumenti di armonizzazione per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in ogni caso, può condurre a una armonizzazione indiretta su temi anche delicati (si pensi alle invalidità probatorie)³⁶, grazie alla preziosa opera interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia³⁷.

³¹ Vi è però chi ha ritenuto che «*applied to the field of criminal justice, the principle of mutual recognition turns from liberal to authoritarian effects [...]. So it tends to enable most punitive criminal law system to be executed in all of Europe*, B. SCHÜNEMANN, *Solutions Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, p. 169.

³² L'introduzione di uno strumento di mutuo riconoscimento, in assenza di una preventiva armonizzazione, è stata definita una «*schizophrenic situation*» da P. MAGGIO, *The EIO Proposal for a Directive and Mafia Trials: Striving for Balance between Efficiency and Procedural Guarantees*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, p. 143.

³³ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., pp. 14-15. In termini R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 170; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 679.

³⁴ G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quanto “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 81. Vi è anche chi ritiene che «*the introduction of such a principle in the area of criminal law, without prior substantial harmonisation of defence rights, benefited mostly law-enforcement authorities, not defendants*» (A. ERBEŽNIK, *The Principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 5).

³⁵ E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio europeo*, in A. LANZI-F. RUGGERI-L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Cedam, 2002, p. 107.

³⁶ In tal senso M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 3, p. 9.

³⁷ Sul punto è stato sostenuto che «*pur in assenza di un'armonizzazione dei modelli condotta per via legislativa, l'uso di forme e procedure importate dallo Stato emittente congiunto a modalità sempre più ampie e incisive di compartecipazione alle operazioni istruttorie richieste con l'O.E.I. può produrre, nel lungo periodo, una sorta di armonizzazione riflessa*» (F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, p. 690).

Mutuo riconoscimento e armonizzazione sono, infatti, principi che si completano vicendevolmente, non alternativi l'uno all'altro³⁸. Ed è per questo che altra, condivisibile, dottrina ha sottolineato, in tema di MAE, il ruolo fondamentale che il mutuo riconoscimento ha svolto nel rafforzare i diritti processuali degli accusati³⁹, mentre uno studio sulle prime problematiche applicative dell'OEI condotto in Croazia – su un campione di dati purtroppo limitato – ha evidenziato come nella pratica i dubbi teorici sul mutuo riconoscimento non paiano sussistere⁴⁰.

È doveroso osservare che nessun testo legislativo europeo (né tantomeno interno⁴¹) fornisce una definizione di “mutuo riconoscimento”, limitandosi a darne per assodato il relativo significato e riconoscendone la natura di pietra miliare⁴². La Commissione europea, al contrario, ha tentato di fornirne una definizione in questi termini: «*Mutual recognition is a principle that is widely understood as being based on the thought that while another State may not deal with a certain matter in the same or even a similar way as one's own State, the results will be such that they are accepted as equivalent to decisions by one's own*

³⁸ E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*, Tirant lo blanch, 2021, p. 51. Di avviso parzialmente diverso chi ritiene che «in materia processuale penale, persiste, infatti, un rapporto biunivoco tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria» (V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 709).

³⁹ V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 47 ss.

⁴⁰ Z. KARAS-S. PEJAKOVIC DIPIC, *Evaluation of the results of the European investigation order*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, 3, pp. 492-506.

⁴¹ L'art. 696 bis c.p.p. si limita a richiamare il principio del mutuo riconoscimento, mentre il d.lgs. n. 108 del 2017 non ne fa alcun cenno.

⁴² Si vedano il considerando 6 della DQ 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo; considerando 1 della DQ 2003/577/GAI sull'esecuzione nell'Unione europea degli ordini di congelamento di beni e prove; considerando 1 della DQ 2005/214/GAI sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie; considerando 1 della DQ 2006/783/GAI sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento agli ordini di confisca; considerando 1 della DQ 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea; considerando 2 della DQ 2008/947/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive; considerando 1 della DQ 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (sull'implementazione delle DQ v. A. SUOMINEN, *Different Implementations of Mutual Recognition Framework Decisions*, in *Eucrim*, 2011, 1, pp. 24 ss); considerando 2 della Direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo; considerando 2 della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine in materia penale; considerando 2 del regolamento 2018/1805/UE relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca. Per completezza, un ulteriore strumento in tema di mutuo riconoscimento è stato adottato dall'UE, benché i suoi considerando si riferiscano al mutuo riconoscimento come un cardine della cooperazione giudiziaria solo in via indiretta: la DQ 2009/829/GAI sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.

State»⁴³. Anche la dottrina ha cercato di definire la locuzione in oggetto, evidenziando come il termine “mutuo” faccia riferimento a un rapporto tra Stati membri, mentre quello “riconoscimento” consente di ricomprendere le procedure adottate dall’autorità di esecuzione per riconoscere quanto ordinato da quella di emissione⁴⁴.

Se, dunque, il mutuo riconoscimento può essere definito come una procedura di cooperazione interstatale che consente di fornire efficacia interna a una decisione “straniera”, è bene osservare come l’UE non abbia adottato un unico strumento di riconoscimento reciproco valevole per ogni decisione giudiziaria; al contrario, si sono stratificati nel tempo diversi interventi legislativi settoriali (ad esempio in materia di confisca, di sentenze custodiali, di misure alternative, di prova, ecc.)⁴⁵. Nonostante tale proliferazione e le peculiarità proprie di ciascuno strumento, il modello su cui questi si fondano non varia. Il mutuo riconoscimento, infatti, presuppone una decisione giudiziaria emessa in uno Stato (lo Stato di emissione), nel rispetto della propria legislazione nazionale, trasmessa ad altro Stato (lo Stato di esecuzione), il quale ultimo è tenuto a darvi seguito – senza ulteriori formalità – alla stregua di una decisione interna e a sopportarne i costi. In altre parole, la decisione di un giudice tedesco è, nel territorio italiano, equiparata alla decisione di un giudice italiano.

Con il principio in questione, dunque, le decisioni giudiziarie (definitive e non definitive) possono circolare liberamente (alla pari delle persone, dei beni e dei servizi) nel territorio unionale, senza trovare barriere nei confini nazionali e direttamente tra autorità giudiziarie⁴⁶: non è possibile, in linea di principio, rifiutare di eseguire una decisione giudiziaria solo perché proviene da un Paese straniero⁴⁷ o perché lo Stato di esecuzione avrebbe agito in modo diverso se il procedimento si fosse svolto sul proprio territorio⁴⁸. In altri termini, l’ordine emesso da uno Stato europeo è in tutto e per tutto equivalente a quello emesso da

⁴³ Commissione europea, *Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters, communication from the Commission to the Council and the European Parliament*, COM(1999)495 final, p c.4.

⁴⁴ L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., p. 6, a cui si rimanda per una più approfondita analisi del mutuo riconoscimento nell’Unione europea.

⁴⁵ Per un dettaglio di tutti gli strumenti adottati v. nota 42.

⁴⁶ In dottrina è stato evidenziato che «*judicialization thus underpins the very sistem of mutual recognition*» (V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts*, op. cit., p. 63).

⁴⁷ S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 572.

⁴⁸ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 108.

un'autorità giudiziaria interna⁴⁹: il rapporto diretto tra le autorità giudiziarie è la pietra angolare del mutuo riconoscimento⁵⁰. Non vi sono più, dunque, i tratti caratteristici della mutua assistenza, quali i filtri dell'autorità politica, notoriamente discrezionali, l'*exequatur*, la possibilità per lo Stato di esecuzione di questionare ragioni di merito riguardanti l'emissione della decisione, né, tantomeno, si può far riferimento al principio di reciprocità⁵¹ o a motivi di rifiuto legati alla cittadinanza del soggetto.

Dalle esperienze più recenti e più mature dei modelli di mutua assistenza, in particolare dalla Convenzione di Bruxelles⁵², però, il mutuo riconoscimento ha “preso in prestito” il principio della *lex fori*. Secondo questo principio, lo Stato di esecuzione deve eseguire un ordine sulla base delle indicazioni ricevute dallo Stato di emissione (la *lex fori*) e, pertanto, troverà applicazione nello Stato di esecuzione una legge diversa da quella nazionale: quella dello Stato di emissione. Al contrario, i più risalenti modelli di mutua assistenza “tradizionali” prevedevano il principio della *lex loci*, ossia l'applicazione della legge dello Stato di esecuzione alle richieste provenienti dall'estero⁵³.

Un ulteriore aspetto che dovrebbe contraddistinguere il riconoscimento reciproco è l'assenza di motivi di rifiuto legati al principio della doppia incriminazione. Tale assenza, pur auspicabile in un clima di fiducia reciproca, a causa delle differenze tra ordinamenti, non è al momento stata fatta propria nessuno strumento europeo, se non limitatamente a un

⁴⁹ La dottrina (G. UBERTIS, *La prova acquisiti all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 698) e la Corte costituzionale (C. Cost., ord. 18 ottobre 2000, n. 428) fa riferimento, sotto questo aspetto, a un «principio di tendenziale fungibilità delle giurisdizioni».

⁵⁰ E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 47.

⁵¹ S. MIETTINEN, *Criminal law and policy in the European Union*, Routledge, 2013, p. 177.

⁵² In dottrina si sono evidenziati alcuni aspetti problematici della “migrazione” del principio della *lex fori* dai modelli avanzati di mutua assistenza verso quelli di mutuo riconoscimento. In particolare, sono stati riscontrati i seguenti punti di debolezza che si ritiene possano essere superati con politiche di armonizzazione legislativa: «FRA [Forum Regit Actum] does not commit to accepting the admissibility of evidence gathered accordingly, which means that a request to take certain formalities or procedures into account does not ensure that the effort applied in gathering evidence will be rewarded with admissibility; - it has very limited effect on the level of admissibility due to the fact that it applies only in a one-on-one relationship and has no potential to ensure admissibility within the entirety of the EU; - it lacks transparent rules in terms of the lawfulness of the way evidence is gathered; - the principle of FRA may apply only in the case of gathered evidence, meaning that already existing evidence cannot fall within its scope» (M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU*, Maklu, 2016, p. 30).

⁵³ M. DANIELE, *Evidence gathering*, op. cit., p. 182. Di diverso avviso chi ritiene che «the guiding principle should be the one embedded in the locus regit actum logic» (I. ARMADA, *The European investigation order and the lack of European standards for gathering evidence*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 20). Ancora, è stato sostenuto che «it is doubtful whether the forum regit actum principle is in line with the philosophy of mutual recognition» (M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality*, in *ERA Forum*, 2019, p. 394).

catalogo di 32 gravi reati (in relazione ai quali vi è stata una previa armonizzazione)⁵⁴.

Il mutuo riconoscimento, tuttavia, se calato da un modello generale e astratto – che comporterebbe un riconoscimento «*no limits*»⁵⁵ anche da parte dell'autorità di emissione⁵⁶ – a casi concreti e specifici può trovare ostacoli applicativi se le legislazioni degli Stati membri non sono armonizzate⁵⁷. E infatti, i maggiori problemi nascono proprio dal mancato rispetto di alcuni diritti fondamentali che sono alla base della cultura giuridica europea⁵⁸, nonché nella ritrosia di alcune autorità giudiziarie a far proprio il principio in questione che dovrebbe, nei prossimi anni, diventare un principio consolidato al pari della presunzione di innocenza o del *ne bis in idem*⁵⁹. Per queste ragioni è stato sostenuto che gli strumenti di mutuo riconoscimento, proliferati già nel primo decennio del nuovo millennio⁶⁰, sarebbero alternativi a più incisive opere di armonizzazione delle legislazioni nazionali⁶¹; diversamente, invece, chi ritiene che riconoscimento reciproco e armonizzazione siano

⁵⁴ Il requisito della doppia incriminazione è considerato «*an obstacle to smooth cooperation*» da L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., p. 125. Di diverso avviso chi ritiene che l'abolizione del vaglio sulla doppia incriminazione sia una previsione tipica degli strumenti di mutuo riconoscimento: A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 108.

⁵⁵ A. SUOMINEN, *Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 215.

⁵⁶ Si è infatti sottolineato come, in un sistema del tutto ideale, l'autorità di emissione dovrebbe fidarsi delle operazioni svolte sul territorio straniero e non verificare l'ammissibilità della prova: C. CLAVERIE-ROUSSET, *The admissibility of evidence in criminal proceedings*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 158. *between European Union Member States*

⁵⁷ Evidenzia E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 49 come «*la práctica – o la realidad – es que el principio de reconocimiento mutuo no ha sido automático ni ha desplegado sus efectos de forma plena*».

⁵⁸ Si veda, per tutti, C.G.U.E., Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15.

⁵⁹ L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., p. 13.

⁶⁰ Già nel primo decennio alcuni settori, come quello dei provvedimenti di congelamento e confisca avevano subito un'opera di parziale armonizzazione con la DQ 2001/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, nonché la DQ 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. La tematica, peraltro, è stata oggetto di ulteriore parziale armonizzazione ad opera della Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

Il secondo decennio del 2000, al contrario, è stato oggetto di plurimi interventi di armonizzazione delle discipline processuali con la Direttiva 2016/1919/UE che garantisce il patrocinio gratuito a indagati e imputati nei procedimenti penali; la Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; la Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; la Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

⁶¹ P. ASP, *Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU*, in E.J. HUSABØ-A. STRANDBAKKEN (eds), *Harmonization of criminal law in Europe*, Intersentia, 2005, p. 31.

complementari e che non vi sia alcuna esclusione reciproca⁶²; non manca, infine, chi ha evidenziato come gli strumenti di armonizzazione siano subordinati a quelli di mutuo riconoscimento⁶³.

Anche come conseguenza della mancata armonizzazione, dunque, negli strumenti di riconoscimento reciproco in materia penale hanno trovato spazio sin dalle origini motivi di non riconoscimento o non esecuzione (facoltativi od obbligatori) che possono essere opposti dallo Stato di esecuzione a quello di emissione. Tali motivi costituiscono delle vere e proprie deroghe al principio in esame e, pertanto, la lista degli stessi è generalmente limitata e, soprattutto, tassativa⁶⁴.

3.2. Il (temperato) mutuo riconoscimento della Direttiva 2014/41/UE

Un chiaro *favor* del legislatore europeo verso il principio del mutuo riconoscimento⁶⁵ delle decisioni giudiziarie si evince dalla posizione privilegiata che lo stesso riveste all'interno della Direttiva. L'art. 1, par. 2, ne fa espressa menzione e, con una «scelta del tutto scontata, anzi ineludibile»⁶⁶, stabilisce che «gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alla presente Direttiva».

La Direttiva, quale strumento di cooperazione orizzontale, presenta tutti i tratti tipici del mutuo riconoscimento: il rapporto diretto tra autorità giudiziarie, la celerità procedimentale, le strette tempistiche dettate per il riconoscimento e l'esecuzione, l'utilizzo dei formulari, l'obbligo per lo Stato di esecuzione di dar seguito – senza ulteriori formalità – all'ordine ricevuto (sostenendone i costi), la (possibile) applicazione del principio della *lex fori*.

Nonostante ciò, il legislatore europeo sembra essere stato influenzato dalle conclusioni del programma di Stoccolma del 2009. Quest'ultimo, infatti, è stato richiamato dal

⁶² W. DE BONDT-G. VERMEULEN, *Esperanto for EU crime statistics: towards common EU offence definitions in an EU-level offence classification system*, in M.COOLS et al (a cura di), *Readings on criminal justice, criminal law & policing*, Maklu, 2009, p. 94.

⁶³ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 8.

⁶⁴ L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., p. 34. Di diverso avviso chi ritiene che i limitati motivi di rifiuto siano una caratteristica del mutuo riconoscimento: L. CAMALDO-F. CERQUA, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. Pen.*, 2014, 10, p. 3512.

⁶⁵ Nell'ordinamento italiano, peraltro, il mutuo riconoscimento ha assunto una primaria importanza anche nel codice di rito. Con il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 è, infatti, stato introdotto un nuovo Titolo I *bis* al Libro XI rubricato «principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea».

⁶⁶ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 830.

considerando 6, il quale evidenzia come il Consiglio europeo abbia «rilevato che gli strumenti esistenti nel settore costituiscono una disciplina frammentaria e che è necessaria una nuova impostazione che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria».

Come conseguenza, la Direttiva presenta, in molte sue parti, una “commistione” di caratteristiche tipiche del mutuo riconoscimento e di tratti tipici del precedente sistema assistenziale/rogatorio. Per questo motivo non è mancato chi ha messo in dubbio che la Direttiva 2014/41/UE sia un vero e proprio strumento di riconoscimento reciproco e che segni un radicale cambio di paradigma, riconoscendone più che altro una natura “ibrida”⁶⁷ (o di strumento di «*cuasi-reconocimiento mutuo*»⁶⁸).

Più nel dettaglio, lo Stato di esecuzione, qualora abbia motivo di ritenere che le condizioni per l’emissione di un OEI non siano rispettate, ha la possibilità di «consultare l’autorità di emissione in merito all’importanza di eseguire l’OEI» (art. 6, par. 3) e, se del caso, l’OEI può essere ritirato. Ecco allora che, sin dall’inizio, l’incondizionato obbligo di riconoscere ed eseguire un OEI trova un primo ostacolo nella possibilità, per lo Stato di esecuzione, di sindacare se (ma non di rifiutare) l’atto di indagine richiesto sia effettivamente necessario e proporzionato, nonché adottabile in un caso interno analogo.

In secondo luogo, mentre il *forum regit actum* dovrebbe rappresentare la regola, la Direttiva vi pone alcune significative deroghe. Invero, il paragrafo 2 dell’art. 9 impone all’autorità di esecuzione di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall’autorità di emissione», ma «sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto

⁶⁷ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 123; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., p. 23; A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 105; P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell’OEI*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 78; P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione*, op. cit., p. 1291; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 682, il quale ritiene che il modello della Direttiva «in parte è simile a quello della rogatoria; in parte richiama quello del M.E.R.; in parte include qualche significativa innovazione»; E. LORENZETTO, *L’ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito europeo*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1303; M. CAIANIELLO, *L’attuazione della Direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2018, 6, p. 2200; M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2016, 3, p. 70; F. SIRACUSANO, *The European investigation order for evidence gathering abroad*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU criminal justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, 2019, p. 91; S. CACCIATORE, *European Investigation Order as Instrument for the Fight Against Organised Crime*, in *Vilnius University Press*, 2021, p. 37.

⁶⁸ E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 91.

con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione»⁶⁹. Inoltre, lo Stato di esecuzione è autorizzato a ricorrere a un atto di indagine alternativo rispetto a quello richiesto qualora lo stesso non sia previsto nel proprio diritto interno o non sia disponibile in un caso interno analogo (art. 10, par. 1) ovvero ancora qualora vi sia la possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine che assicuri i medesimi risultati con mezzi meno invasivi (art. 10, par. 3)⁷⁰: in tutte queste situazioni, l'applicazione del principio della *lex loci* non può che far ritorno, in quanto lo Stato di esecuzione non solo non si è attenuto alle indicazioni dell'autorità emittente, ma può anche aver adottato un atto investigativo differente da quello richiesto⁷¹. Inoltre, la *lex loci* torna operante tutte quelle volte in cui lo Stato emittente non abbia fornito alcuna direttiva in merito all'esecuzione dell'indagine richiesta.

La scelta del legislatore europeo pare dunque più che altro quella di contemperare *lex loci* e *lex fori*, con l'obiettivo di «tutelare al massimo grado la sovranità nazionale, assicurando che le prove siano acquisite in base alle regole che attuano bilanciamenti tra i valori considerati preferibili dal legislatore dello Stato in cui esse sono reperibili»⁷². Ed è per i medesimi motivi che la Direttiva «limita» l'esecuzione concelebrata di un OEI (*i.e.* la partecipazione dell'autorità di emissione all'esecuzione dell'OEI⁷³) e prescrive che la stessa non deve porsi in contrasto con i principi fondamentali o non deve ledere gli interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale dello Stato di esecuzione (art. 9, par. 4)⁷⁴.

Il mutuo riconoscimento pare incontrare un muro a causa della mancanza di una fiducia totale nei confronti dell'ordinamento straniero. In un clima di totale condivisione, infatti, le deroghe previste dalla Direttiva 2014/41/UE non sarebbero necessarie: sarebbe sufficiente

⁶⁹ La caratteristica di muta assistenza di tale disposizione è peraltro confermata dalla Convenzione di Bruxelles (convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea), il cui art. 4 presenta una formulazione letterale pressoché sovrapponibile: «nei casi in cui l'assistenza è concessa, lo Stato membro richiesto osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, salvo che la presente convenzione disponga altrimenti e sempreché le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto».

⁷⁰ La possibilità di sostituire un atto di indagine con un altro è stato evidenziato essere una caratteristica del sistema di mutua assistenza da E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 92.

⁷¹ L'ibridismo tra *lex fori* e *lex loci* è evidenziato anche da M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 364; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., p. 22; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 683.

⁷² M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 novembre 2014, p. 22.

⁷³ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 684, ritiene che l'esecuzione concelebrata di un OEI «attinge, ancora, all'esperienza rogatoriale».

⁷⁴ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei*, op. cit., p. 23.

eseguire quanto richiesto e secondo le modalità richieste. Segnali confortanti verso un rafforzamento della *confiance mutuelle* sembra siano all'orizzonte, in particolare se si guarda ad alcune scelte effettuate dal Regolamento 2018/1805/UE, che si pongono in contrasto con quelle della Direttiva 2014/41/UE. Più nel dettaglio, il considerando 13 impone di riconoscere ordini di congelamento o di confisca anche se non previsti nello Stato di esecuzione⁷⁵, mentre l'art. 23, par. 3, prevede che non si possa fare ricorso a misure alternative senza il consenso dello Stato di emissione.

Un'ulteriore deroga al mutuo riconoscimento presente nella Direttiva 2014/41/UE è legata ai motivi di non riconoscimento e non esecuzione (solo facoltativi) che l'autorità richiesta può invocare, tanto quelli generali di cui all'art. 11, quanto quelli speciali relativi a singoli atti di indagine⁷⁶. Sui motivi in oggetto si tornerà approfonditamente nel Capitolo IV e si è già visto come tutti gli strumenti di riconoscimento reciproco li prevedano; tuttavia, suscita particolare interesse in questa sede l'analogia che intercorre tra l'art. 11, par. 1, lett. b) e l'art. 2 della Convenzione di Strasburgo del 1959. Il primo consente di rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora «in un caso specifico, l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche»; mentre il secondo prevede(va) che l'assistenza giudiziaria possa essere rifiutata «se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo Paese». Si può dunque notare come la formulazione della Direttiva sconti una forte influenza del precedente sistema di mutua assistenza, soprattutto nella parte relativa alla possibilità di rifiutare un OEI sulla base della violazione degli interessi essenziali di sicurezza nazionale.

⁷⁵ Il considerando 13 recita: «benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro». Sul punto la dottrina ha evidenza che «non si poteva essere più chiari sul fatto che l'obbligo di riconoscimento non è in alcun modo pregiudicato dall'assenza nella legislazione dello Stato di esecuzione di poteri di confisca analoghi a quelli in base al quale il provvedimento di confisca è stato adottato in altro Stato membro» (C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. Pen.*, 31 maggio 2021, p. 16).

⁷⁶ Il riferimento corre agli artt. 22 («trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute ai fini di un atto d'indagine»), 24 («Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva»), 29 («operazioni di infiltrazione»), 30 («Intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica di un altro Stato membro»), 31 («Notifica allo Stato membro nel quale si trova la persona soggetta a intercettazione e la cui assistenza tecnica non è necessaria»), 32 («Provvedimenti provvisori») Direttiva 2014/41/UE. Parte della dottrina ritiene che i motivi di rifiuto «appaiano ancora troppo legat[i] al modello della mutua assistenza giudiziaria» (M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE*, op. cit., p. 8).

CAPITOLO II

Tra i motivi di rifiuto, inoltre, la doppia incriminazione gioca un ruolo cruciale e non può che essere considerata una delle più grandi deroghe al mutuo riconoscimento. Gli Stati membri possono, ai sensi dell'art. 11, rifiutare un OEI qualora nel proprio territorio il fatto per cui si procede non è contemplato quale reato nella disciplina nazionale. Evidentemente questo motivo è strettamente legato alla volontà degli Stati di preservare il loro *ius puniendi*. Come deroga della deroga, tuttavia, la Direttiva impone (al pari degli altri strumenti) di riconoscere gli OEI che si riferiscono a una serie di 32 gravi reati specificamente elencati e già armonizzati a livello unionale, rafforzando così il principio del riconoscimento reciproco⁷⁷.

Infine, anche i motivi di rinvio del riconoscimento e dell'esecuzione disciplinati dall'art. 15 potrebbero essere annoverati tra le deroghe al mutuo riconoscimento. A ben vedere, però, più che di una deroga nel senso letterale del termine, si è in presenza di un contemperamento di interessi tra le esigenze investigative dello Stato di emissione e di quelle dello Stato di esecuzione. Infatti, un rinvio è possibile solo quando l'esecuzione dell'OEI possa pregiudicare un'indagine o un procedimento penale in corso, ovvero quando l'oggetto dell'ordine è già utilizzato nell'ambito di un altro procedimento e sino all'esito dello stesso.

Un'ultima deroga al riconoscimento reciproco si rinviene nella disciplina dei costi per l'esecuzione dell'OEI. Se, come visto, su un piano generale i costi sono sostenuti dallo Stato di esecuzione, vi possono essere casi nei quali tali costi siano «straordinariamente elevati, ad esempio per complessi pareri di periti o per vaste operazioni di polizia o per attività di sorveglianza per un lungo periodo» (considerando 23). È evidente come questi costi possano essere di ostacolo al mutuo riconoscimento e alla fiducia reciproca, in quanto lo Stato di esecuzione è tenuto a impegnare delle somme del proprio bilancio non previste e non prevedibili *ex ante*: il fattore economico è, verosimilmente, uno degli ostacoli più difficili da superare, in quanto elevate spese (plausibilmente non gradite allo Stato di esecuzione) rischiano di costituire un fondamento, non meramente teorico, di “pretestuosi” motivi di rifiuto o di contestazioni allo Stato di emissione sulla necessità e proporzionalità della misura. Al fine di comporre *ex ante* eventuali contrasti, nonché al fine di evitare la risoluzione di “incidenti diplomatici” su base giurisprudenziale, il legislatore europeo ha tracciato una

⁷⁷ Di diverso avviso chi ritiene che il requisito della doppia incriminazione “affievolito” sia una caratteristica del mutuo riconoscimento: M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla Direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 22.

disciplina che contempera gli interessi tanto dello Stato di emissione, quanto quello di esecuzione, premurandosi di precisare che «il meccanismo dato non dovrebbe costituire un motivo di rifiuto aggiuntivo e in ogni caso non dovrebbe essere utilizzato impropriamente per ritardare o impedire l'esecuzione dell'OEI» (considerando 23), così fugando in radice ogni dubbio circa la possibilità di rifiutare, impedire o ritardare un ordine a causa dei suoi costi eccessivi. In particolare, l'art. 21 consente all'autorità di esecuzione, che ritenga i costi da sopportare «eccezionalmente elevati», di consultare l'autorità di emissione «sulla possibilità e le modalità di condivisione dei costi o di modifica dell'OEI». Si può notare, come si vedrà in altre parti, come la Direttiva sembri postulare o quantomeno auspicare un rapporto “amicale” tra le autorità, che consente di operare in un clima disteso e di fiducia reciproca: prima di opporre un rifiuto l'interlocuzione è fondamentale. Se, tuttavia, gli Stati non si accordano sulle modalità di condivisione dei costi, l'art. 21, par. 3, detta due regole suppletive che permettono di dirimere situazioni di stallo: l'autorità di emissione può 1) ritirare completamente o parzialmente l'OEI ovvero 2) mantenerlo e sostenere la parte dei costi considerata dall'autorità di esecuzione eccezionalmente elevata⁷⁸. Così statuendo, la Direttiva contempera le esigenze investigative dello Stato di emissione e quelle di bilancio dello Stato di esecuzione.

Descritte sin qui le caratteristiche “ibride” della Direttiva 2014/41/UE, è bene rilevare come la stessa sia la prima Direttiva adottata ai sensi del nuovo art. 82 TFUE e, forse anche per questa ragione, oltre al fatto che tratta una delle materie più delicate del processo penale (quella probatoria), sconta una certa “timidezza” di approccio verso il principio del mutuo riconoscimento che, ormai da oltre dieci anni al momento della sua adozione, si era fatto strada nel panorama legislativo europeo.

Negli anni più recenti, il legislatore europeo pare aver superato, almeno in parte, la citata “timidezza”, optando, in tema di ordini di congelamento e confisca, per l'adozione di un Regolamento, sottolineando al considerando 15 che «la cooperazione tra Stati membri, che si basa sul principio del riconoscimento reciproco e dell'esecuzione immediata delle decisioni giudiziarie, presuppone che le decisioni da riconoscere ed eseguire siano presumibilmente sempre prese in conformità dei principi di legalità, sussidiarietà e proporzionalità». Pur non avendo poi nei fatti dato seguito a questa affermazione di principio (sono ancora

⁷⁸ Per consentire all'autorità di emissione di comprendere quali siano i costi ritenuti eccessivamente elevati, l'art. 21, par. 2, impone a quest'ultima di informare la prima «in merito alle specifiche dettagliate relative alla parte dei costi ritenuta eccezionalmente elevata».

infatti previsti diversi motivi di non riconoscimento o non esecuzione), il Regolamento ha segnato un passo in avanti verso un modello di mutuo riconoscimento che si avvicina sempre di più a quello civilistico, che ad oggi prevede la possibilità di assumere “prove europee” con la pressoché totale assenza di motivi di rifiuto (Regolamento 2020/1789/UE⁷⁹). Ed un ulteriore segnale in questo senso può essere rinvenuto nei negoziati interistituzionali, attualmente in corso, volti all’adozione di un Regolamento relativo agli ordini europei di produzioni e conservazione. Senza scendere nei dettagli del contenuto della proposta, si prevede la possibilità per l’autorità giudiziaria di uno Stato Membro di ordinare direttamente al prestatore di servizi di altro Stato la conservazione o la produzione di dati elettronici in suo possesso, senza possibilità di addurre i “tradizionali” motivi di non riconoscimento o non esecuzione.

In sintesi, dunque, l’ordine europeo di indagine rappresenta una chiave di volta nell’ambito del riconoscimento reciproco, sebbene alcune reminiscenze del previgente sistema di mutua assistenza disegnino un mutuo riconoscimento ancora a tratti spurio. Se, infatti, da un lato, si inserisce su una strada già tracciata sotto la vigenza del Trattato di Maastricht, dall’altro lato, ha dato avvio a una nuova stagione in cui il riconoscimento reciproco viene rafforzato ogniqualvolta è adottato uno strumento legislativo che si innesta sull’art. 82 TFUE⁸⁰.

4. I principi di necessità e proporzionalità

«Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen»⁸¹: “la polizia non dovrebbe sparare ai passeri con i cannoni”. Già a inizio Novecento la dottrina tedesca sintetizzava

⁷⁹ Regolamento (UE) 2020/1783 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale.

⁸⁰ L. LUPARIA, *Note conclusive nell’orizzonte di attuazione dell’ordine europeo di indagine*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L’ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 251.

rnant la décision d’enquête européenne en matière pénale, in *AJ Pénal*, 2014, 7.

⁸¹ F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1913, p. 376. L’autore prosegue poi con un esempio pratico: «Schenkt z. B. ein Wirt zuwider seiner Schankkonzession Branntwein aus, so darf die Polizei nicht einfach die Wirtschaft schließen; ihr stehen zur Erreichung ihres Zweckes zunächst mildere Mittel zur Verfügung» (Se, ad esempio, un locandiere serve alcolici in contrasto con la sua licenza, la polizia non può semplicemente chiudere la locanda; ha a disposizione mezzi più blandi per raggiungere il suo scopo).

così il principio di proporzionalità⁸², il quale, oggi, insieme al principio di necessità, è il cardine attorno al quale ruota tutto l'impianto dell'ordine europeo di indagine. Una scelta, questa, giustificata tanto dall'opportunità di evitare che gli Stati adoperino l'OEI qualora procedano per reati di minimo disvalore sociale⁸³, quanto dall'esigenza di salvaguardare i diritti⁸⁴ delle persone interessate. I principi di necessità e proporzionalità sono, infatti, un baluardo "non negoziabile"⁸⁵ nel diritto UE anche per la tutela dei diritti fondamentali delle persone, sebbene taluni⁸⁶ sottolineino come gli stessi possano comportare una deriva "efficientista". Tale rischio, che deve certamente essere evitato, può però essere arginato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, negli ultimi tempi, sembra essere particolarmente sensibile alla tutela dei diritti nell'ambito degli strumenti di mutuo riconoscimento⁸⁷.

La proporzionalità nella Direttiva 2014/41/UE non è però stata presente sin dall'inizio. Nella formulazione originaria non era infatti fatto alcun riferimento ai requisiti di necessità e proporzionalità⁸⁸, anche se non manca chi ha sottolineato come tale mancanza non avrebbe comunque comportato ricadute significative sul piano pratico, essendo il principio di

⁸² Per un'evoluzione storica del principio di proporzionalità v. F. FALATO, *La proporzione innova*, op. cit., pp. 21 ss.; G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam, 2017, pp. 27 ss. Inoltre, S. DEPAUW, *A European Evidence (Air)Space? Taking Cross-Border Legal Admissibility of Forensic Evidence to a Higher Level*, in *European Criminal Law Review*, 2016, 1, p. 86, nota 18, ritiene che la prima manifestazione del principio di proporzionalità, quale principio generale, sia rinvenibile nell'Etica Nicomachea di Aristotele.

⁸³ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 830.

⁸⁴ L.V. MIRISAN, *The European Investigation Order*, in *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*, 2018, p. 221; A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 34.

⁸⁵ Parla di «non negoziabilità» del principio di proporzionalità F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 285. Inoltre, vi è chi ritiene che «la proporzionalità integra un'indifettibile implicazione del principio di legalità europea» (S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero e principio di proporzionalità*, in *Sist. Pen.*, 22 settembre 2022, p. 3).

⁸⁶ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 691; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'ordine europeo di indagine penale*, in T. Bene-L. Luparia-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 72; R. VOGLER, *The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk?* in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, pp.45 ss.

⁸⁷ Emblematico è il caso C.G.U.E., Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-582/19, nel quale la Corte di Giustizia ha ritenuto non conforme al diritto UE una normativa nazionale che «non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione di un'audizione di testimoni mediante videoconferenza»; inoltre, secondo la stessa sentenza, è preclusa l'emissione di un OEI «avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione dell'audizione di testimoni mediante videoconferenza, qualora la normativa [dello Stato emittente] non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di detto ordine europeo di indagine»

⁸⁸ A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 125.

proporzionalità già garantito dall'art. 52 Carta di Nizza⁸⁹. Tuttavia, nel corso dei lavori in seno al Consiglio, alcuni Stati, basandosi sull'esperienza del MAE, hanno sottolineato «*the importance to ensure proportionality check of an EIO*»⁹⁰, anche come motivo di non riconoscimento o non esecuzione di un OEI. La versione definitiva ha, come noto, mediato tra la proposta iniziale (assenza di riferimento alla proporzionalità) e quella che comportava l'introduzione della proporzionalità anche come motivo di rifiuto, prevedendo il controllo di proporzionalità esclusivamente come strumento orientativo per l'autorità di emissione.

L'OEI, peraltro, non è né il primo, né l'unico, né l'ultimo strumento europeo di cooperazione giudiziaria in materia penale che prevede i principi di necessità e proporzionalità. Già la DQ 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca della prova aveva espressamente richiamato i principi in questione al suo art. 7 e analogamente dispongono l'art. 1 del Regolamento 2018/1805/UE sul riconoscimento degli ordini di congelamento e confisca e l'art. 5 della proposta di Regolamento sugli ordini europei di produzione e conservazione. Inoltre, il requisito della proporzionalità, benché non formalmente presente nella DQ 2002/584/GAI sul MAE, è stato ritenuto implicitamente presente nella stessa ad opera sia della giurisprudenza comunitaria⁹¹, sia della Commissione Europea con la redazione del «Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo», secondo cui 1) «le autorità giudiziarie emittenti dovranno valutare se, nel caso concreto, l'emissione di un MAE sia una misura proporzionata»⁹²; 2) «si consiglia alle autorità giudiziarie competenti di valutare

⁸⁹ L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 99; L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucri*, 2015, 2, p. 51; R. BELFIORE, *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, p. 98. Di diverso avviso A. MANGIARACINA, *A New Controversial Scenario*, op. cit., pp. 125 s., che evidenzia come l'omissione del principio di proporzionalità sarebbe stata una debolezza della Direttiva, anche alla luce dell'esperienza in tema di MAE.

⁹⁰ Consiglio dell'Unione europea, *Initiative of the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters – Orientation Debate*, 15531/10, 29 ottobre 2010, p. 6.

⁹¹ C.G.U.E, Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15, §101; in senso conforme C.G.U.E, Sez. I, 10 marzo 2021, *P.I.*, C-648/20; C.G.U.E, Sez. I, 13 gennaio 2021, *M.M.*, C-414/20; C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *Z.B.*, C-627/19; C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *X.D.*, C-625/19; C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *J.R. e Y.C.*, C-566/19 e C-626/19; C.G.U.E, Sez. II, 09 ottobre 2019, *N.J.*, C-484/19; C.G.U.E, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *P.F.*, C-509/18.

⁹² Commissione europea, *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, C(2017)6383 final, p. 15.

se l'emissione del MAE sia una misura proporzionata»⁹³; 3) «il MAE dovrà sempre essere proporzionato allo scopo perseguito»; 4) «effettuare una verifica della proporzionalità prima dell'emissione di un MAE può rafforzare la fiducia reciproca»⁹⁴.

Il concetto di proporzionalità è per sua natura fluido e proteiforme, ma al contempo «irrinunciabile» nella legislazione unionale, in quanto «prescinde dalle specificità dei singoli ordinamenti statali, e rappresenta una bussola indispensabile per orientarsi nel sistema globalizzato in cui si colloca la direttiva»⁹⁵.

Vi è, tuttavia, chi teme che l'applicazione del principio di proporzionalità possa porsi in contrasto con il principio di legalità processuale previsto dall'art. 111 Cost., a causa proprio dell'elevato margine di discrezionalità accordato all'autorità procedente nell'emissione di un OEI⁹⁶. Di diverso avviso chi ritiene, più condivisibilmente, che il principio di proporzionalità sia conforme all'art. 111 Cost. sulla base di tre motivi: 1) la proporzionalità non ha valenza autonoma e non consente di creare *ex novo* una disciplina probatoria di matrice giurisprudenziale, in quanto gli atti di indagine sono comunque disciplinati dalla legge; 2) la proporzionalità viene in gioco per «riempire di contenuto le generiche formule normative impiegate dalla Direttiva» e dalla normativa interna di recepimento; 3) la proporzionalità, benché discrezionale, «ha il pregio di offrire una guida, volta a conferire la più solida piattaforma assiologica possibile a ciascun bilanciamento»⁹⁷.

È ora necessario osservare come la proporzionalità possa essere vista, nella Direttiva 2014/41/UE, sotto un duplice aspetto.

Il primo, che non crea particolari problematiche interpretative, riguarda la proporzionalità dello strumento legislativo in sé considerato, così come previsto dal considerando 38. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che, in base al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE, l'obiettivo del mutuo riconoscimento può essere conseguito più efficacemente a livello unionale e, pertanto, prevede che le disposizioni della Direttiva si limitino «a quanto è

⁹³ Commissione europea, *Manuale sull'emissione*, op. cit., p. 16.

⁹⁴ Commissione europea, *Manuale sull'emissione*, op. cit., p. 19.

⁹⁵ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 3, p. 76.

⁹⁶ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, pp. 3 s.; G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 56; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 697; E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1304.

⁹⁷ M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 7-8, p. 214.

necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità». Bisogna però ricordare che la proporzionalità richiamata dall'art. 5 TUE riguarda il rapporto tra UE e Stati membri, non invece un rapporto tra il potere pubblico e la sfera individuale dei cittadini⁹⁸.

Ben più complesso, al contrario, è il discorso relativo alla proporzionalità (e necessità) “giudiziale”, quella cioè che le autorità giudiziarie (di emissione e di esecuzione) degli Stati membri sono chiamate ad adottare nel caso concreto portato alla loro attenzione, al fine di contemperare le istanze repressive con la tutela dei diritti fondamentali. L'art. 6, par. 1, dispone infatti che l'emissione di un OEI deve essere «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento [...], tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata» e che l'autorità di esecuzione, qualora dubiti della sussistenza di tali requisiti, «può consultare l'autorità di emissione in merito all'importanza di eseguire l'OEI».

4.1. Il concetto di proporzionalità: considerazioni generali

La definizione del principio di proporzionalità è tutt'altro che semplice, poiché l'idea di ciò che è proporzionato e discrezionale può variare da Paese a Paese, con la conseguenza che «*the vagueness of this concept obviously risks undermining efficient cooperation, respectful of fundamental rights*»⁹⁹.

In estrema sintesi, la proporzionalità (già presente nell'art. 52 Carta di Nizza e nell'art. 8 CEDU) è stata definita come «uno stretto rapporto di bilanciamento tra due o più elementi, la cui comparazione sia suscettibile di ponderazione e di equilibrato componimento»¹⁰⁰ e permea tanto la giurisprudenza di Strasburgo¹⁰¹ quanto quella del Lussemburgo¹⁰².

Vi è da osservare che la proporzionalità, nell'opinione ormai consolidata tanto in

⁹⁸ L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test in Directive 2014/41/EU: present and future of a fundamental principle*, in *Eurojus*, 2022, 2, p. 76.

⁹⁹ L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 72.

¹⁰⁰ A. SANDULLI, *Voce Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 4643.

¹⁰¹ V. *ex multis* C. EDU, 25 marzo 1983, *Silver c. Regno Unito*, ric. n. 5947/72; C. EDU, 16 dicembre 1997, *Camenzind c. Svizzera*, ric. n. 21353/93; C. EDU, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, ric. n. 13710/88; C. EDU, Sez. I, 07 giugno 2007, *Smirnov c. Russia*, ric. n. 71362/01; C. EDU, Grande Camera, 08 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, ric. n. 54012/10; C. EDU, Grande Camera, 16 febbraio 2021, *Hanan c. Germania*, ric. n. 4871/16; C. EDU, Grande Camera, 07 dicembre 2021, *Savran c. Danimarca*, ric. n. 57467/15; C. EDU, Sez. III, 15 marzo 2022, *OOO Memo c. Russia*, ric. N. 2840/10.

¹⁰² V. *ex multis* C.G.U.E, Grande Sezione, 08 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12; G.G.U.E, Grande Sezione, 18 luglio 2013, *Kadi*, C-854/10, C-593/10 e C-595/10.

dottrina¹⁰³ quanto in giurisprudenza, consiste in una verifica che si sviluppa in tre fasi, «non scindibili tra loro ma soltanto distinguibili»¹⁰⁴, ciascuna delle quali è rinvenibile nell'art. 52 Carta di Nizza: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Il richiamo all'art. 52 Carta di Nizza è fondamentale, in quanto la Direttiva 2014/41/UE si limita a prescrivere il rispetto della proporzionalità, senza tuttavia fornire alcuna specificazione ulteriore. Conseguentemente, essendo il rispetto dei diritti fondamentali a livello unionale tutelato dall'art. 6 TUE (richiamato anche dall'art. 11 della Direttiva), il quale attribuisce la stessa forza dei trattati alla Carta di Nizza, a quest'ultima non può che farsi riferimento anche per il principio di proporzionalità.

Il primo passaggio del test consiste nel controllo di idoneità dello strumento, preliminare rispetto agli altri due, il quale deve essere effettuato con riferimento allo scopo perseguito, che deve essere necessariamente legittimo. La dottrina ha evidenziato come tale verifica presupponga, a sua volta, un duplice controllo¹⁰⁵. Il primo richiede che il sacrificio di un diritto possa avvenire solo se l'obiettivo che si persegue rifletta un valore di sufficiente importanza. La seconda verifica, dal canto suo, presuppone la capacità del mezzo di indagine a realizzare l'obiettivo perseguito. Inoltre, è stato osservato come un atto astrattamente idoneo *ex ante* si possa rivelare inidoneo *ex post*, a seguito della constatazione dell'impossibilità di raggiungere il fine perseguito¹⁰⁶.

Superata la prima fase del test, vi è il controllo sulla necessità dello strumento, il quale prevede che le limitazioni devono essere «necessarie». In altre parole, ci si deve chiedere:

¹⁰³ M. DANIELE, *I chiaroscuri*, op. cit., pp. 58 ss.; L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 73; R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, p. 131; M. BOROWSKI, *Absolute Rights and Proportionality*, in *German Yearbook of International Law*, 2013, pp. 385 ss.; M. COHEN-I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 463 ss.; M. KLATT-M. MEISTER, *Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 687; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, *ivi*, 2012, p. 709; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights*, *ivi*, 2009, p. 468; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, pp. 179 ss.; E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, Bloomsbury Publishing, 2020, p. 52; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 687; M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 3, p. 6; A. TINOCO PASTRANA, *La transposicion de la orden europea de investigacion en materia penal en el ordinamento español*, in *Freedom, Security, Justice*, 2018, 3, p. 123; L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality*, op. cit., pp. 89 s.; G. TABASCO, *Principio di proporzionalità*, op. cit., pp. 29 ss.; E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., pp. 146 ss.

¹⁰⁴ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁵ K. MÖLLER, *Proportionality*, op. cit., pp. 711 ss; M. DANIELE, *I chiaroscuri*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁶ G. TABASCO, *Principio di proporzionalità*, op. cit., p. 30.

«mancano altre misure ugualmente idonee a realizzare il fine perseguito, ma tali da comportare una lesione meno grave del diritto fondamentale coinvolto?»¹⁰⁷. Un esempio può essere chiarificatore. L'autorità procedente sta cercando un documento che si ritiene essere in possesso dell'indagato nella sua abitazione. L'autorità potrebbe disporre direttamente una perquisizione seguita da un sequestro, ma, essendo a conoscenza dell'ubicazione del documento, potrebbe altresì optare per un ordine di consegna dello stesso direttamente all'indagato. Per rispettare il principio di proporzionalità, sarebbe opportuno procedere preventivamente con la richiesta della documentazione richiesta e, in subordine, disporre una perquisizione e il sequestro della stessa (eventualmente con il medesimo atto di indagine, onde evitare di frustrare le esigenze investigative).

Qualora i primi due *step* citati abbiano dato esito positivo (si è proceduto per una truffa milionaria e si è ritenuto necessario procedere con una perquisizione), si passa al controllo di proporzionalità inteso in senso stretto. Ci si deve domandare, con un giudizio di comparazione, se i vantaggi ottenuti con l'indagine siano superiori agli svantaggi (consistenti nella lesione del diritto fondamentale che viene in gioco). Come è agilmente intuibile, questa verifica, non avendo alcun parametro di riferimento su cui basarla, è quella che più lascia margini di discrezionalità alle autorità procedenti e che, di conseguenza, può comportare una violazione dei diritti fondamentali¹⁰⁸.

Al fine di limitare l'eccessiva discrezionalità giurisdizionale, la dottrina ha proposto di ancorare il controllo di proporzionalità in senso stretto a dati oggettivi, che dovrebbero operare come argini a eventuali derive securitarie delle autorità nazionali. In particolare, si suggerisce di salvaguardare il nucleo essenziale del diritto che viene in gioco¹⁰⁹. Se il diritto è assoluto e non può venire ristretto in alcun modo (si pensi al diritto alla vita), una misura non sarà mai proporzionata (ma ancora prima sarà inidonea e non necessaria). Diverso il discorso per quei diritti che possono trovare una ragionevole restrizione (il diritto di proprietà, il diritto al rispetto della vita privata, all'inviolabilità del domicilio ecc.). In questi casi è necessario che vengano adottati sistemi di *checks and balances* che permettano di compensare la violazione del diritto. La Corte EDU ha infatti ricordato, ancora

¹⁰⁷ M. DANIELE, *I chiaroscuri*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁸ In dottrina si è sottolineato come questa terza parte del test sia «*the most difficult to accomplish*» (L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 73).

¹⁰⁹ R. ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, 2012, pp. 322 ss.; M. DANIELE, *I chiaroscuri*, op. cit., p. 59.

recentemente, che il «*proportionality test requires an overall examination of the various interests at stake, which may call for an analysis of such elements as the terms of compensation and the conduct of the parties to the dispute, including the means employed by the State and their implementation*»¹¹⁰.

4.2. La necessità e la proporzionalità nell'OEI: un'endiadi?

Sin qui si è evidenziato, in termini generali, come vi sia una certa concordanza circa la definizione di proporzionalità che, astrattamente, sembra risolvere ogni problema. Tuttavia, la realtà dei fatti è ben più complessa di quello che appare e, nonostante gli sforzi delle giurisprudenze europee, ancora non vi è unanimità circa i requisiti che caratterizzano il controllo di proporzionalità in senso stretto (*i.e.* la terza fase del test di proporzionalità), essendo questo una sorta di «*rule of common sense*»¹¹¹.

A ciò deve essere aggiunto un elemento che complica ancor di più il quadro interpretativo. La normativa unionale, infatti, non richiede solo la sussistenza di un vaglio di proporzionalità, ma impone anche uno scrutinio circa la necessità di una misura: così dispone l'art. 6 Direttiva 2014/41/UE («l'emissione di un OEI è *necessaria e proporzionata*»), e analogamente si esprimono l'art. 1 Regolamento 2018/1805/UE («le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di *necessità* e di *proporzionalità*») e l'art. 52 Carta di Nizza («nel rispetto del principio di *proporzionalità*, possono essere apportate limitazioni [ai diritti e alle libertà individuali] solo laddove siano *necessarie*»). Quali sono, dunque, i rapporti che intercorrono tra i requisiti di necessità e di proporzionalità? Sono un'endiadi o, al contrario, assumono contorni tra loro eterogenei?

L'ipotesi dell'endiadi potrebbe essere *prima facie* avvalorata dal fatto che il controllo di proporzionalità si dipana in tre fasi, la seconda delle quali consiste proprio nella verifica sulla necessità dello strumento di indagine. Tale verifica sulla necessità (inerente, lo si ribadisce, alla proporzionalità) potrebbe, secondo questa interpretazione, andare a sovrapporsi a quella richiesta dall'art. 6.

A ben vedere, però, l'esegesi citata non convince: «“*necessity*” and “*proportionality*” appear to be different notions»¹¹². Invero, un atto di indagine può essere necessario ma non

¹¹⁰ C. EDU, Sez. IV, 26 aprile 2022, *Vod Baur Impex S.r.l. c. Romania*, ric. n. 17060/15, §69.

¹¹¹ L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality*, op. cit., p. 90.

¹¹² L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 79.

proporzionato, così come può essere proporzionato ma non necessario. Secondo questa, più condivisibile, interpretazione, la necessità *ex art. 6* consiste nell'indispensabilità dell'atto ai fini dell'indagine o del procedimento penale¹¹³, a prescindere dai risvolti che può avere sui diritti e sulle libertà dell'individuo. In altre parole, risponde alla domanda: mi serve per ciò che voglio ottenere? Al contrario, si è visto come la necessità (intesa come secondo passaggio del vaglio di proporzionalità) sia da intendersi come verifica circa la possibilità di utilizzare uno strumento di indagine meno lesivo dei diritti fondamentali. Ne consegue che, astrattamente, vi può essere la necessità di ricorrere a un determinato strumento investigativo (un sequestro), ma che tale strumento, in concreto, non sia strettamente necessario in relazione al secondo *step* del test di proporzionalità perché vi è la possibilità di utilizzarne uno meno invasivo (una richiesta di consegna spontanea di documenti).

Analogamente, vi è la possibilità che l'atto di indagine sia necessario sotto il duplice aspetto appena richiamato, ma che, al contrario, non sia proporzionato in senso stretto (terzo *step* del test). È il caso, come detto in precedenza, di una perquisizione e un sequestro disposti per una truffa milionaria o centesimale: l'indagine è necessaria e, nel primo caso, anche proporzionata, ma non nel secondo.

L'indagine può, infine, essere proporzionata (si sta procedendo per una truffa milionaria) ma non necessaria, in quanto l'autorità procedente è già in possesso di tutti gli elementi per poter superare un vaglio dibattimentale: sarebbe superfluo procedere con un sequestro di documentazione se ininfluente dal punto di vista investigativo.

Si può dunque osservare come tra i due requisiti, necessità e proporzionalità, il primo, oltre ad essere preliminare rispetto al secondo¹¹⁴, è quello più facilmente identificabile, poiché ancorato a parametri quasi oggettivi. Il *discrimen* tra necessario e non necessario è piuttosto netto: serve o non serve quella specifica indagine ai fini del procedimento?

Diversamente il requisito della proporzionalità continua a rimanere privo di dati tangibili a cui ancorarlo, in quanto il legislatore unionale non ha fornito alcuna indicazione, nemmeno un'elencazione esemplificativa, dei requisiti che devono essere tenuti in considerazione per

¹¹³ Più chiaramente: «“Necessity” can be seen as the obligation to apply a certain measure or, if negative, the impossibility of obtaining a piece evidence without a certain measure» (L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 79); l'atto deve essere «funzionale al procedimento all'interno del quale si innesta e capace di raggiungere il risultato cercato» (F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 687); la necessità identifica «la capacità del dato probatorio in astratto di raggiungere il fine prefissato» (R. PICCIRILLO, *I profili funzionali*, op. cit., p. 71).

¹¹⁴ Così A. GASPARRE, *La prova penale in Europa*, Università degli Studi di Pavia, 2020, p. 159.

il test di proporzionalità in senso stretto. Gli unici riferimenti possono trovarsi nei considerando 11, 26 e 42. Il primo stabilisce che «si dovrebbe optare per un OEI quando l'esecuzione di un atto di indagine appare *proporzionata*, adeguata e applicabile al caso in questione. L'autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono *necessarie e proporzionate* ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è *necessario e proporzionato* per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove. La stessa valutazione dovrebbe essere effettuata durante la procedura di convalida, ove la convalida di un OEI sia prescritta dalla presente Direttiva». Il secondo prevede che «per garantire un uso proporzionato del MAE, l'autorità di emissione dovrebbe esaminare se un OEI costituisca un mezzo *efficace e proporzionato* per svolgere i procedimenti penali». Il terzo impone di trattare i dati personali «solamente laddove *necessario* e in modo *proporzionato* a fini compatibili con la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali e l'esercizio del diritto di difesa».

Si può notare come da due dei tre considerando citati non si possano trarre indicazioni specifiche che consentano di parametrare la proporzionalità sulla base di dati oggettivi. Il considerando 11, infatti, altro non fa che ribadire di verificare la proporzionalità dell'atto di indagine nel caso in questione, chiedendo specificamente di vagliare: 1) la necessità e la proporzionalità delle prove con riferimento al procedimento; e 2) la necessità e proporzionalità dell'atto di indagine per l'acquisizione delle prove. Il legislatore europeo fa riferimento indifferentemente a necessità e proporzionalità, senza premurarsi di specificarne i contenuti, non dissipando così i dubbi interpretativi che, al contrario, possono addirittura venire esacerbati. Il considerando 42, analogamente, si limita a richiamare la proporzionalità, senza disegnarne i contorni applicativi; così come l'omologa norma precettiva del considerando citato si limita a precisare che «nell'attuare la presente Direttiva gli Stati membri assicurano che i dati personali siano protetti e possano essere trattati solo in conformità della Decisione Quadro 2008/977/GAI», oggi sostituita – a decorrere dal 6 maggio 2018 – dalla Direttiva 2016/680/UE.

Il considerando 26, invece, richiama la proporzionalità (e l'efficacia, anziché la necessità), finalizzata all'emissione di un MAE, imponendo di verificare «se l'emissione di un OEI ai fini dell'audizione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato mediante videoconferenza possa costituire una valida alternativa». A prescindere dal riferimento

all'efficacia dell'atto, anziché alla sua necessità (che paradossalmente potrebbe condurre a ritenere che la video audizione di un indagato detenuto potrebbe non essere necessaria), vi è comunque da segnalare come il considerando 26 fornisca un'indicazione precisa in tema di proporzionalità: è accordata prevalenza a un'audizione mediante videoconferenza rispetto all'emissione di un MAE, che comporterebbe una privazione della libertà e il trasferimento in uno Stato straniero del soggetto, dal momento che, in una ponderazione di costi/benefici, la prima è certamente più vantaggiosa¹¹⁵ (per esempio non si sopportano i costi della traduzione; si evita il pericolo di fuga; si consente al soggetto interessato di essere detenuto nello Stato in cui ha legami e non in uno Stato straniero; e, al contempo, è salvaguardato il diritto al contraddittorio, anche se in parte ridotto, dalla presenza solo virtuale in aula dell'accusato).

Pertanto, in assenza (e nell'attesa) di più chiare definizioni legislative, la dottrina ha tentato di supplire a tale inerzia, elencando una serie di ben tredici fattori da porre come base del giudizio di proporzionalità, tenendo sempre in massima considerazione i diritti fondamentali tanto dell'indagato/imputato, quanto di ogni altra persona coinvolta¹¹⁶ (considerando 12): 1) la gravità del reato per cui si procede; 2) i danni causati dal reato; 3) il numero e le condizioni delle vittime; 4) la tipologia di prova da acquisire; 5) le modalità di acquisizione della prova; 6) l'importanza della prova per l'indagine; 7) i diritti e le libertà che vengono limitati; 8) i diritti processuali dell'accusato che vengono compressi; 9) il numero di persone coinvolte dall'indagine e l'intensità della limitazione dei loro diritti; 10) la complessità delle attività che l'autorità di esecuzione deve espletare; 11) i costi totali dell'OEI¹¹⁷; 12) la correlazione tra il reato commesso e l'indagato; 13) la presenza di indizi e non mere congetture¹¹⁸. Si badi però che i citati indici, certamente utili allo scopo, devono comunque essere applicati al caso concreto e che, nonostante gli sforzi interpretativi, definire a priori e in linea astratta ciò che è proporzionato e ciò che non lo è, è un compito

¹¹⁵ M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne: un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte de preuves au sein de l'UE?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 866.

¹¹⁶ Evidenza che la proporzionalità nell'OEI deve tenere in considerazione i diritti di tutti i soggetti coinvolti D. DEDIU, *Protection of fundamental rights in the light of the directive regarding European investigation order*, in *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale*, 2018, p. 303.

¹¹⁷ L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 80; M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision*, op. cit., p. 879; S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, pp. 61-62; L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition*, op. cit., p. 52; A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 275.

¹¹⁸ E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 148.

pressoché impossibile da portare a termine¹¹⁹, anche in considerazione della diversa sensibilità che ciascuna autorità giudiziaria può possedere¹²⁰.

4.3. *Necessità e proporzionalità tra autorità di emissione e autorità di esecuzione*

Il vaglio fondamentale sulla necessità e sulla proporzionalità di un atto di indagine è affidato, in primo luogo e principalmente, all'autorità di emissione. Quest'ultima è infatti l'unica ad avere a disposizione l'intero compendio probatorio e, di conseguenza, tutti gli elementi utili ai fini della decisione sulla (non) emissione di un OEI¹²¹. L'art. 6 consente così all'autorità procedente di adottare un OEI se la sua emissione «è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento [...], tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata».

L'art. 6 non prevede però un analogo diritto dello Stato di esecuzione di contestare la sussistenza del requisito della proporzionalità¹²². Al contrario, allo Stato di esecuzione è concesso un mero “diritto di consultazione” con l'autorità emittente qualora ritenga non soddisfatti i requisiti (necessità, proporzionalità e adottabilità in un caso interno analogo) per l'emissione di un OEI (art. 6, par. 3), pensato al fine di «evitare il rischio che l'esecuzione venga ulteriormente ritardata»¹²³. È difficile poter ipotizzare, operativamente, come lo Stato di esecuzione, che non è in possesso del fascicolo di indagine o processuale, possa sollevare dubbi circa la proporzionalità dell'atto richiesto. La nota congiunta di Eurojust e della RGE hanno immaginato, sul punto, che «questa situazione potrebbe verificarsi nel

¹¹⁹ L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality*, op. cit., p. 90.

¹²⁰ V. D. KNYTEL, *Evidence Gathering in the European Union: The Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 1, p. 71.

¹²¹ Consiglio dell'Unione europea, *Orientation Debate*, op. cit., p. 6 evidenzia come «*proportionality should be checked by the issuing authority as it is the best placed to assess the necessity and proportionality of the issuing of an EIO*».

Il considerando 10, inoltre, chiarisce che «l'autorità di emissione è nella migliore posizione per decidere, in base alla sua conoscenza dei dettagli dell'indagine in questione, a quali atti di indagine ricorrere».

¹²² Così M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva*, op. cit., p. 6; L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The proportionality test*, op. cit., p. 81; M.A. ARVA, *Prospects on the European Investigation Order in Relation to Joint Methods Deficiencies*, in *Research Association for Interdisciplinary Studies*, 2020, p. 82; D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 72; L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition*, op. cit., p. 52.

Analogamente la Corte di Giustizia, benché in tema di MAE: «nel sistema istituito dalla decisione quadro 2002/584, il rispetto del principio di proporzionalità dei reati e delle pene è garantito dalle autorità giudiziarie dello Stato membro emittente. La Corte ha dichiarato che la garanzia del rispetto dei diritti della persona di cui è stata chiesta la consegna rientra in primo luogo nella responsabilità dello Stato membro emittente» (C.G.U.E, 14 luglio 2022, *K.L.*, C-168/21, §65).

¹²³ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, giugno 2019, p. 7, [https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint Note EJ-EJN practical application EIO IT.pdf](https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint%20Note%20EJ-EJN%20practical%20application%20EIO%20IT.pdf).

caso in cui la descrizione del reato non sia sufficientemente dettagliata, o l'atto d'indagine richiesto sia troppo ampio e difficile da giustificare, oppure l'atto d'indagine non sia descritto in modo sufficientemente concreto da consentire una valutazione adeguata»¹²⁴. La dottrina ha insistito altresì sulla proporzionalità “economica”: l'autorità di esecuzione potrebbe ritenere sproporzionati (*i.e.* eccessivamente elevati) i costi da sostenere per un atto di indagine che nel proprio diritto interno non sarebbe stato adottato o relativo a un reato che non sarebbe stato perseguito¹²⁵. Invero, lo Stato di emissione potrebbe essere indifferente ai costi, in quanto sopportati in linea di massima dallo Stato di esecuzione, nonostante gli stessi dovrebbero essere tenuti in considerazione ai fini del giudizio di proporzionalità.

A prescindere da quali possano essere i parametri e i dati su cui l'autorità di esecuzione astrattamente potrebbe essere in grado di valutare la proporzionalità dell'atto di indagine, la Corte di Giustizia, recentissimamente, sembra aver dissipato ogni dubbio. Pronunciandosi in tema di MAE, i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto che il controllo di proporzionalità spetti esclusivamente all'autorità di emissione: si è stabilito che il rispetto del principio di proporzionalità «è garantito dalle autorità giudiziarie dello Stato emittente»¹²⁶ e che, non figurando la mancata osservanza del principio di proporzionalità tra i motivi di rifiuto facoltativi od obbligatori della DQ 2002/584/GAI¹²⁷, allo Stato di esecuzione è preclusa ogni valutazione in merito. I medesimi principi possono essere applicati in via analogica (e a maggior ragione vista la minor compressione dei diritti fondamentali) a un OEI, in quanto la Direttiva, così come la DQ 2002/584/GAI, rimette espressamente il controllo di proporzionalità allo Stato di emissione e non prevede alcun motivo di rifiuto basato sull'assenza di proporzionalità, ma si limita ad attribuire allo Stato di esecuzione il citato di diritto di consultazione.

Se, tuttavia, a seguito della consultazione, l'autorità di emissione decide di non ritirare l'OEI o di emetterne uno nuovo, bensì insiste nella sua richiesta iniziale, l'autorità di esecuzione è tenuta a darvi seguito, anche qualora ritenga l'atto di indagine non proporzionato:

¹²⁴ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 7.

¹²⁵ L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition*, op. cit., p. 52. La stessa autrice auspice che «*in the future, it shall be clarified what is considered “exceptional costs,” because if the legal differences between EU Member States are huge, the economic differences are no lesser, and there is also a risk that those economic differences may have a negative impact on the smooth implementation of the EIO. A common understanding of what proportional requests and proportional or reasonable costs are in the execution of EIOs should be reached with the aim of creating an environment favourable to transnational cooperation*».

¹²⁶ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L.*, C- 168/21, §65.

¹²⁷ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L.*, C- 168/21, §66.

circostanza confermata dalla citata nota congiunta di Eurojust e RGE nella parte in cui sostengono che il diritto di consultazione sia pensato al fine di evitare ritardi nella procedura di esecuzione, nonché dalla sopra menzionata giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tale procedura di consultazione, inoltre, è in linea con la *ratio* della norma: l'unico soggetto ad avere a disposizione gli elementi per valutare la proporzionalità è l'autorità di emissione; pertanto, non può esservi un diritto di veto dell'autorità di esecuzione su questa specifica tematica. Il diritto di veto, infatti, si tradurrebbe in un motivo di non riconoscimento o non esecuzione, ma l'art. 11 non prevede espressamente¹²⁸ alcuna causa di rifiuto basata sulla proporzionalità¹²⁹ (così come invece espressamente richiesto da alcuni Stati in sede di negoziati)¹³⁰, salvo che si ritenga che la palese violazione del requisito in esame sfoci in una violazione di un diritto fondamentale, come tale passibile di rifiuto ai sensi dell'art. 11, par. 1, lett. f).

Si è ancora evidenziato¹³¹ come un possibile motivo di rifiuto di un OEI basato sulla proporzionalità – ad eccezione del caso in cui, come detto, sfoci in una violazione di un diritto fondamentale – si ponga in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento¹³², dal momento che quest'ultimo richiede allo Stato di esecuzione di fidarsi della valutazione di merito compiuta dall'autorità giudiziaria emittente: imporre di fidarsi e congelare l'operatività dell'ordine a causa di un ritenuto vizio di proporzionalità sono assunti del tutto antitetici tra loro. D'altro canto, introdurre il requisito della proporzionalità, al fine di scongiurare indagini internazionali per reati bagatellari¹³³, senza consentire allo Stato di

¹²⁸ Si vedrà *infra*, Capitolo IV, come implicitamente alcuni ritengano che il difetto di proporzionalità possa essere una causa di rifiuto. V. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 9, p. 3294; R. BELFIORE, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence-gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 319; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 2, p. 165, che definisce la proporzionalità come un «motivo di rifiuto occulto»; A. TINOCO PASTRANA, *La transposicion*, op. cit., p. 124; A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 36.

¹²⁹ I. ARMADA, *The European investigation order*, op. cit., p. 16.

¹³⁰ Consiglio dell'Unione europea, *Orientation Debate*, op. cit., p. 6: «*some Member States underlined that proportionality should also constitute a ground for refusal for the executing authority. However, a wide majority of delegations are of the opinion that a ground for refusal based on proportionality would undermine the EU cooperation based on mutual recognition and mutual trust*».

¹³¹ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 830 s.

¹³² H. BROOMS, *Étude de la décision d'enquête européenne et de son impact dans l'enquête pénale transnationale*, in *Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain*, 2019, p. 28; R. BELFIORE, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 319.

¹³³ La cui nozione varia comunque da Stato a Stato. V. H. BROOMS, *Étude de la décision*, op. cit., p. 27: «*la complexite reside dans l'interpretation par les differents Etats membres de ce qui doit etre considere comme mineur*».

esecuzione di effettuare alcuna verifica «rischia di tradire lo scopo per il quale è stato concepito»¹³⁴ il citato principio di proporzionalità. Onde fronteggiare i due problemi citati, la scelta del legislatore europeo, come visto, si pone su un doppio binario intermedio: non preclude la valutazione sulla proporzionalità allo Stato di esecuzione, attribuendogli la facoltà di sollecitare lo Stato di emissione affinché rivaluti la propria decisione; e al contempo consente allo Stato di esecuzione di adottare una misura meno invasiva dei diritti e delle libertà della persona.

Secondo l'interpretazione prevalente nella dottrina italiana (ma non solo), l'autorità di esecuzione non può sindacare la proporzionalità intesa in senso stretto (come terza fase del test), ma può formulare un giudizio di non necessità (seconda fase del test) e ricorrere a un atto meno invasivo, con l'unico obbligo di notificare l'autorità di emissione (art. 10, par. 3)¹³⁵. La scelta del legislatore europeo può essere giustificata considerando che il test di proporzionalità *stricto sensu* inteso si basa su un contemperamento di vantaggi/svantaggi che può essere compiutamente svolta solo dall'autorità di emissione; al contrario, la possibilità di adottare un atto meno invasivo, oltre ad essere un baluardo difensivo dei diritti del cittadino, può essere una prerogativa dello Stato di esecuzione, dal momento che in quest'ultimo vi possono essere degli atti di indagine che consentono di raggiungere lo stesso risultato richiesto con mezzi meno invasivi.

Si pensi al sequestro di un PC seguito da copia forense anziché un sequestro effettuato da remoto e occultamente grazie all'utilizzo del *trojan*: la proporzionalità in senso stretto è valutata dallo Stato di emissione, ma lo Stato di esecuzione può ritenere che il sequestro remotizzato possa essere surrogato da un sequestro fisico seguito da copia forense, il quale comunque garantirebbe allo Stato di emissione di ottenere quanto richiesto, ossia il contenuto del PC in oggetto.

Parte della dottrina tedesca, al contrario di quella italiana, fa discendere implicitamente dall'art. 10, par. 1, lett. b) la possibilità per l'autorità di esecuzione di procedere a un

¹³⁴ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 831. Inoltre, vi è chi ritiene che «*the principle of mutual recognition in criminal matters and that of proportionality can coexist, thus ensuring the protection of fundamental rights and freedoms*» (L.V. MIRISAN, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 220).

¹³⁵ Di diverso avviso chi ritiene che «la Direttiva impone l'osservanza del principio di proporzione sia all'autorità emittente (art. 6 § 1) che a quella di esecuzione (artt. 11 § 1 lett. f e 10 § 3)» (M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 832). Analogamente M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision*, op. cit., p. 880; A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 272; L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation of Tax Offences in the EU: Scope of Application and Grounds for Refusal of the European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 52.

controllo della proporzionalità dell'atto di indagine. E ciò sarebbe possibile grazie a un'interpretazione estensiva della citata norma. Un atto di indagine non «disponibile in un caso interno analogo», che consente di adottarne uno differente, infatti, potrebbe non essere solamente quello che è inesistente in *rerum natura*, ma altresì quello che è presente nel sistema processuale dello Stato di esecuzione ma che, al contempo, è ritenuto da quest'ultimo non proporzionato¹³⁶. L'interpretazione in questione potrebbe astrattamente non essere del tutto peregrina (lo Stato di esecuzione effettua una ponderazione vantaggi/svantaggi e adotta un altro atto di indagine), ma non è in linea con l'impostazione sistematica della Direttiva e con la recente giurisprudenza UE. Se la Direttiva attribuisce all'autorità di esecuzione un "diritto di consultazione" sulla necessità e proporzionalità della misura (art. 6, par. 3) e successivamente specifica che la stessa può ricorrere a un atto di indagine diverso qualora ve ne sia uno che consente di raggiungere il medesimo scopo con mezzi meno intrusivi (test di necessità – art. 10, par. 3), ma non si esprime sulla possibilità di adottare un atto di indagine diverso se lo stesso non è proporzionato, la volontà del legislatore europeo è chiara e non si può procedere a un'interpretazione decisamente troppo estensiva: non è possibile questionare la proporzionalità in senso stretto, se non nel caso in cui comporti la palese violazione di un diritto fondamentale¹³⁷.

È comunque necessario osservare, infine, come, anche in questo campo, una previa opera di armonizzazione delle decisioni sarebbe fondamentale e aiuterebbe a dirimere a monte i dubbi interpretativi e gli ostacoli pratici che l'applicazione del principio di proporzionalità incontra in un quadro legislativo multiforme¹³⁸.

4.4. La proporzionalità nell'ordinamento italiano

Il principio di proporzionalità è un concetto non nuovo nell'ordinamento italiano, in quanto lo stesso permea – nel settore penalistico *lato sensu* inteso – tanto la dosimetria della

¹³⁶ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 273.

¹³⁷ Vi è altresì da segnalare che la dottrina in questione ritiene che i sistemi nazionali possono portare a valutazioni diverse circa il requisito della proporzionalità e, pertanto, la possibilità di ricorrere a un atto di indagine diverso sulla base proprio della proporzionalità sia fondamentale (A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 275). Tuttavia, un simile ragionamento rischia di minare in radice la fiducia reciproca tra gli Stati, i quali sono tenuti a fidarsi dell'operato dei loro omologhi stranieri.

¹³⁸ Secondo D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 91, «*In order to find a proportional balance between the interests of an effective investigation on the one hand, and the rights of the parties involved in cross-border proceedings on the other, the creation of a common European criminal procedure can be a satisfying answer*».

pena (art. 133 c.p.), quanto le misure cautelari (art. 275 c.p.p.)¹³⁹ e l'ordinamento penitenziario¹⁴⁰. Non bisogna, dunque, guardare a tale principio come a qualcosa di avulso dal nostro ordinamento, dal momento che lo stesso trova spazio nel codice penale sin dal 1930.

Con specifico riferimento all'OEI, il d.lgs. n. 108 del 2017 si discosta ampiamente da quanto dettato dalla Direttiva per almeno tre ordini di ragioni: 1) fornisce un'inedita definizione di proporzionalità (art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017); 2) non fa mai riferimento al requisito della necessità; 3) richiede che la proporzionalità sia verificata esclusivamente nel caso in cui l'Italia sia lo Stato di esecuzione¹⁴¹.

L'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 definisce la proporzionalità *a contrario*, dettando una serie di criteri (alquanto generici) dai quali desumere la non proporzionalità di un OEI¹⁴²: «l'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista». Sintetizzando quanto espresso dalla norma, un OEI non è proporzionato se vi è una compressione dei diritti non giustificata da esigenze investigative, tenendo in considerazione la gravità del reato e la pena per lo stesso prevista. Una formula, questa, che poco aggiunge alla più concisa espressione utilizzata dal legislatore europeo; una definizione, in altre parole, quasi di stile¹⁴³. Infatti, se è naturale che il sacrificio dei diritti (che secondo la Direttiva devono essere tenuti in considerazione ai fini dell'emissione) debba essere giustificato dalle (e proporzionato alle) esigenze investigative¹⁴⁴, l'unica

¹³⁹ V. *amplius* M. DANIELE, *I chiaroscuri*, op. cit., pp. 62 ss.

¹⁴⁰ In particolare v. G. TABASCO, *Principio di proporzionalità*, op. cit., p. 12: «in questa contrapposizione tra la titolarità e la facoltà del detenuto di esercitare i diritti fondamentali e la necessità per l'amministrazione penitenziaria di garantire l'ordine all'interno dell'istituto penitenziario, il principio di proporzionalità consente di raffrontare gli interessi confliggenti onde contemperare l'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione con situazioni giuridiche soggettive delle persone ristrette».

¹⁴¹ Vi è, in dottrina, chi condivide tale scelta: F. FALATO, *La proporzione innova*, op. cit., p. 20.

¹⁴² Secondo parte della dottrina tale scelta è stata opportuna: A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 164.

¹⁴³ Di diverso avviso R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 406. L'Autrice ritiene che «la legislazione interna compie, dunque, un 'passo ulteriore' rispetto alla normativa sovranazionale di riferimento [...]. Ciò che viene preso in considerazione non è, quindi, solo la proporzionalità dell'emissione dell'ordine rispetto ai fini del procedimento [...], ma anche la proporzionalità dell'intrusività dell'atto richiesto rispetto al suo risultato». In realtà, le due nozioni di proporzionalità appena citate altro non sono che, rispettivamente, la terza (controllo di proporzionalità in senso stretto) e la seconda (controllo di necessità) fase del test di proporzionalità.

¹⁴⁴ S. MONTALDO, *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 2017, 11, p. 9, ritiene

indicazione precettiva si rinviene nella parte in cui la norma impone di tener conto della gravità dei reati e della pena per gli stessi prevista. Questa indicazione, pur col pregio di voler salvaguardare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti¹⁴⁵, non considera però tutti quegli ulteriori indici che la dottrina, non senza difficoltà, ha cercato di sintetizzare. *Quid iuris*, dunque, se l'atto è giustificato ma è troppo costoso? Non si è in presenza di una violazione dei diritti delle persone coinvolte dall'ordine, ma esclusivamente di questioni economiche. O ancora, cosa succederebbe se il reato fosse astrattamente poco grave ma avesse causato un ingente danno economico? Si pensi a Tizio, gemello di Caio, che ottiene un finanziamento da diverse decine di migliaia di euro. In questo caso si sarebbe in presenza di un reato che ha causato un grave danno, ma che astrattamente è poco grave (la pena per il reato di sostituzione di persona è della reclusione fino a un anno). Anche in questo caso non vengono in gioco i diritti delle persone coinvolte e, inoltre, il criterio della gravità del reato e della relativa pena potrebbe condurre l'autorità italiana ad attivare la procedura di consultazione.

In sintesi, la definizione fornita dal legislatore italiano non pare aver risolto i dubbi che la più generica formulazione del legislatore europeo sembrava sollevare. Al contrario, oltre ad essersene discostata parametrando la proporzionalità alla tutela dei diritti e non al procedimento (così come richiesto dalla Direttiva)¹⁴⁶, ne ha esacerbato gli aspetti problematici, forse a causa del timore che un richiamo generico alla proporzionalità avrebbe potuto suscitare. Sarebbe stato preferibile, dunque, lasciare all'attività interpretativa degli operatori del diritto l'opera di delimitazione del principio di proporzionalità, o quantomeno fornire una definizione più generalista al pari di quella dell'art. 275, comma 2, c.p.p., anche in considerazione del fatto che l'OEI si deve confrontare con realtà e sistemi processuali alquanto eterogenei tra loro.

Un ulteriore aspetto problematico dell'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 è dato dalla sua

che «ad ogni buon conto, la lettura offerta nel decreto delegato ha il merito di assicurare la tutela [dei diritti] sollecitata dalla Direttiva, senza inficiare ulteriormente il campo operativo dell'ordine di indagine».

¹⁴⁵ In dottrina si è evidenziato che l'art. 7 «costituisce il vero “fondamento invisibile” del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria, poiché volto ad evitare che la raccolta transnazionale delle prove avvenga sulla base di un bilanciamento non ragionevole tra le esigenze di accertamento dei fatti e i diritti della persona coinvolta nel procedimento» (G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 30).

¹⁴⁶ La Corte di Giustizia ha affermato che la Direttiva «impone all'autorità di emissione l'obbligo di accertare la necessità e la proporzionalità dell'atto di indagine oggetto di un ordine europeo di indagine, alla luce delle finalità del procedimento nel quale tale ordine è stato emesso e tenendo conto dei diritti dell'indagato e dell'imputato» (C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §32).

collocazione sistematica. Lo stesso, infatti, è inserito tra le disposizioni che prevedono il riconoscimento di un OEI dall'estero, così introducendo surrettiziamente un vero e proprio controllo di proporzionalità (che potrebbe finanche condurre al rifiuto di un OEI, sebbene tale possibilità non sia prevista dalla Direttiva), non limitato al secondo *step* dello stesso (la necessità), anche da parte dell'Italia quale Stato di esecuzione, in contrasto con quanto disposto dalla Direttiva¹⁴⁷. Questa interpretazione è confermata da altre due disposizioni del d.lgs. n. 108 del 2017. In primo luogo, l'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che l'autorità italiana debba informare l'omologa estera quando ritenga che l'ordine non è proporzionato, «al fine di valutare l'opportunità di una nuova richiesta o di ritirare l'ordine di indagine», ma non contempla l'ipotesi in cui l'autorità di emissione ritenga di confermare l'ordine impartito. Se si vuole rimanere coerenti con la *ratio* della Direttiva, sarebbe opportuno considerare come implicita la possibilità di una conferma dell'ordine da parte dello Stato emissione¹⁴⁸ (come visto, l'art. 6, par. 3, Direttiva 2014/41/UE consente un semplice diritto di consultazione, autorizzando così lo Stato di emissione a confermare l'ordine). In secondo luogo, l'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 obbliga l'autorità italiana, previo accordo con quella di emissione, ad adottare «uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo anche quando l'ordine di indagine non appare proporzionato». Al contrario, l'art. 10, par. 3, Direttiva 2014/41/UE non fa alcun riferimento al requisito della proporzionalità, limitandosi ad autorizzare l'autorità di esecuzione a svolgere il secondo *step* del test di proporzionalità (quello di necessità), ossia quando «l'atto scelto dall'autorità di esecuzione assicuri lo stesso risultato», specificando che lo stesso risultato deve essere raggiunto con «mezzi meno intrusivi». Una precisazione, quest'ultima, che inspiegabilmente non è stata richiamata dal decreto legislativo di recepimento¹⁴⁹, anche se deve ritenersi implicita nel riferimento al principio di proporzionalità. Inoltre, è stato evidenziato come il d.lgs. n. 108 del 2017 abbia reso obbligatoria la possibilità di sostituzione, meramente facoltativa, accordata dalla Direttiva: il primo, infatti, prevede che «si dà luogo» alla sostituzione; mentre, ai sensi della seconda, l'autorità di esecuzione «può» (non deve)

¹⁴⁷ Di diverso avviso R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti*, op. cit., p. 406, la quale ritiene che, sul punto, «il decreto di trasposizione non tradisce lo spirito della Direttiva».

¹⁴⁸ Analogamente C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della Direttiva 2014/41/UE*, in *Leg. Pen.*, 02 ottobre 2017, p. 24.

¹⁴⁹ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti*, op. cit., p. 407.

ricorrere a un atto di indagine diverso¹⁵⁰.

In breve, sotto questo aspetto, il d.lgs. di recepimento è in aperto contrasto con la Direttiva e rischia di essere oggetto di censure da parte della Corte di Giustizia, qualora la stessa venga adita con un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice interno: il controllo di proporzionalità in senso stretto, infatti, è appannaggio esclusivo dell'autorità di emissione.

L'ultimo nodo problematico del decreto legislativo in tema di proporzionalità si presenta quando l'Italia è lo Stato di emissione. La Direttiva (art. 6, par. 1, lett. a)), come visto, consente di adottare un OEI quando è necessario e proporzionato ai fini del procedimento, tenendo anche in considerazione i diritti dell'indagato e dell'imputato. Tuttavia, nella normativa interna non vi è alcun riferimento ai due citati requisiti di necessità e proporzionalità, in quanto l'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 possiede un'applicazione circoscritta all'Italia quale autorità di esecuzione; mentre l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce semplicemente che il PM e il giudice che procede possono emettere e trasmettere un OEI «nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale». La Relazione Illustrativa allo schema di decreto giustifica tale scelta sul presupposto che «l'ordinamento interno disciplina atti di indagine tipici per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzione è presunta per legge»¹⁵¹. La Relazione Illustrativa, tuttavia, non convince.

Invero, la necessità è certamente insita nell'adozione di atti di indagine o dell'acquisizione di prove, ma per la proporzionalità i dubbi sono maggiori in relazione quantomeno alla seconda e alla terza fase del test¹⁵². Il PM, infatti, è tenuto a svolgere «le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale» (art. 326 c.p.p.), ma non vi è alcun vaglio di proporzionalità¹⁵³ (se non in tema di richiesta di applicazione di una misura cautelare). Analogamente, il giudice procedente, ai sensi dell'art. 190 c.p.p., è tenuto ad ammettere tutte le prove, ad eccezione di quelle vietate dalla legge o manifestamente

¹⁵⁰ A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 164.

¹⁵¹ Relazione illustrativa allo schema di schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, trasmesso alla Presidenza del Senato il 21 marzo 2017, p. 18.

¹⁵² In relazione al controllo di idoneità (ossia la prima fase del test) è necessario distinguere tra indagini tipiche e indagini atipiche. Per le prime, il vaglio è condotto a monte dal legislatore e non vi sono margini discrezionali dell'autorità procedente; per le seconde, invece, la verifica di idoneità deve essere svolta in concreto. Di diverso avviso chi ritiene che il vaglio di proporzionalità, per le prove tipiche, è insito nell'ordinamento: G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, op. cit., p. 134.

¹⁵³ Di diverso avviso chi ritiene che il vaglio di proporzionalità sia «implicito» negli artt. 190 e 326 c.p.p.: E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1311.

superflue o irrilevanti¹⁵⁴. Si pensi a un procedimento per lesioni lievissime (ad esempio perché Tizio ha tamponato Caio che ha subito 8 giorni di prognosi e ha sporto querela), consumate al confine tra Italia e Francia, incardinate avanti il giudice di pace. In un caso interno, il PM procederebbe ad assumere sommarie informazioni dai due testimoni dell'evento. Se, tuttavia, un testimone risiede in Italia e uno in Francia, il PM dovrebbe procedere all'audizione di entrambi, ma è evidente come l'attivazione del meccanismo previsto dall'OEI non sia per nulla proporzionato in relazione al fatto commesso. A stretto rigore, tuttavia, il PM dovrebbe procedere con l'emissione di un ordine, non prevedendo la normativa italiana la possibilità di vagliare la proporzionalità dell'atto di indagine qualora sia un'autorità interna ad emettere un OEI. Una simile soluzione è però in aperto contrasto con la struttura della Direttiva, le cui disposizioni devono servire come base per interpretare la normativa interna, soprattutto considerando la chiarezza del tenore letterale dell'art. 6, par. 1, lett. a), della stessa¹⁵⁵. Pertanto, il principio di proporzionalità, volutamente fatto uscire dalla porta dal legislatore, rientra dalla finestra per mezzo di un'interpretazione ortopedica dell'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 che non può non tenere in considerazione il principio in questione. E ciò a maggior ragione se si considera che l'allegato A alla Direttiva, che riguarda l'emissione di un OEI ed è standardizzato in tutto il territorio europeo, quindi valevole anche per l'Italia, stabilisce che «l'autorità di emissione certifica che l'emissione del presente OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento in esso specificato, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagine o dell'imputato».

Il tutto, però, con un limite: il principio di proporzionalità non può e non deve vanificare il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost. Di conseguenza, dal rispetto di quest'ultimo principio non potrà mai farsi discendere un OEI sproporzionato. Per tornare all'esempio delle lesioni lievissime, se l'unico testimone si trovasse in Francia sarebbe necessario procedere con l'emissione di un ordine, al fine di garantire l'eventuale esercizio dell'azione penale.

4.5. Spunti comparatistici

¹⁵⁴ Ancora di diverso avviso la relazione illustrativa, op. cit., p. 18: «le norme in materia di prova rinviano ai concetti di irrilevanza e superfluità della prova. Vale a dire cioè che il principio di proporzione è immanente nel sistema interno relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova, calibrato anche in relazione alla gravità dei reati per cui si procede».

¹⁵⁵ Così anche E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1304 e p. 1312; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, op. cit., p. 134; M. DANIELE, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 210.

In Francia, l'art. 694-20 *Code de Procédure Pénal* (CPPF)¹⁵⁶ prevede il doppio requisito della necessità e della proporzionalità. Più nello specifico, dispone che un OEI possa essere emesso se necessario per l'accertamento, il perseguimento o il giudizio di un reato o l'esecuzione di una pena; nonché se proporzionato rispetto ai diritti dell'indagato, imputato o condannato. Inoltre, l'art. 694-38, par. 3, CPPF¹⁵⁷ consente (non obbliga) l'autorità francese a ricorrere a un atto diverso se permette di ottenere lo stesso risultato con metodi meno intrusivi. Non è prevista, invece, la possibilità per la Francia, in qualità di autorità di esecuzione, di attivare la procedura di consultazione prevista dall'art. 6, par. 3, Direttiva 2014/41/UE relativa al mancato rispetto del requisito della proporzionalità. Una scelta, questa, legittima, atteso che la Direttiva consente, ma non impone, agli Stati di prevedere la procedura di consultazione («l'autorità di esecuzione può consultare»).

In Lussemburgo, l'art. 5 l. 1° agosto 2018¹⁵⁸, relativo ai requisiti di emissione dell'ordine, prevede la medesima formulazione dell'art. 694-20 CPPF, con l'unica differenza che non sono tenuti in considerazione i diritti del condannato: un OEI può essere emesso se necessario per l'accertamento, il perseguimento o il giudizio di un reato o l'esecuzione di una pena, nonché se proporzionato rispetto ai diritti dell'indagato o dell'imputato. Analogamente all'omologa disposizione francese, l'art. 17, par. 3, l. 1° agosto 2018¹⁵⁹ facoltizza l'autorità di esecuzione a ricorrere a un atto meno intrusivo, se consente di raggiungere il medesimo risultato. A differenza di quanto disciplinato in Francia, invece, l'art. 13, par. 4, l. 1° agosto 2018¹⁶⁰ prevede il diritto di consultazione, limitandolo però alla verifica della

¹⁵⁶ «Le procureur de la République, le juge d'instruction, la chambre de l'instruction et son président ainsi que les juridictions de jugement ou d'application des peines et leurs présidents peuvent, à l'occasion des procédures dont ils sont saisis et dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction ou à l'exécution d'une peine et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte, poursuivie ou condamnée et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du présent code».

¹⁵⁷ «Le magistrat saisi peut également ordonner une autre mesure d'enquête que celle demandée si elle permet d'obtenir le même résultat de façon moins intrusive».

¹⁵⁸ «Le procureur d'État, le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peuvent, dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte ou poursuivie et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du Code de procédure pénale».

¹⁵⁹ «Elle peut aussi avoir recours à une mesure d'enquête autre que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne si celle-ci permet d'obtenir le même résultat par des moyens moins intrusifs».

¹⁶⁰ «Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise a des raisons de penser que la décision d'enquête européenne n'est pas nécessaire et proportionnée aux finalités des procédures dans le cadre desquelles elle a été émise, compte tenu des droits de la personne poursuivie, elle peut consulter l'autorité d'émission sur l'importance d'exécuter la décision d'enquête européenne».

necessità e proporzionalità dell'atto richiesto (non anche, come previsto dalla Direttiva, al controllo circa la possibilità di emettere l'ordine in un caso interno analogo).

In Spagna, l'art. 189 l. 23/2014, *de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* (LRMRP)¹⁶¹ traspone la Direttiva prevedendo che l'emissione di un OEI debba essere necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo in considerazione i diritti fondamentali. L'art. 206, par. 2, LRMRP¹⁶², al contrario, si discosta in parte dal dettato della Direttiva e prevede che l'autorità di esecuzione possa adottare un atto di indagine meno restrittivo dei diritti fondamentali se comunque idoneo a raggiungere lo scopo. Non vi sono, invece, disposizioni specifiche relative al diritto di consultazione, che quindi pare non trovi luogo nell'ordinamento spagnolo.

In Portogallo, l'art. 11 l. 88/2017¹⁶³ stabilisce che un OEI può essere emesso se necessario, proporzionato e adeguato ai fini del procedimento, tenendo in considerazione i diritti fondamentali. Il Portogallo, dunque, introduce un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti dalla parte precettiva della Direttiva (solo il considerando 11 affianca l'adeguatezza alla proporzionalità). L'art. 21, par. 3, l. 88/2017 torna ad allinearsi con quanto disposto dalla Direttiva, in quanto prevede che si possa far ricorso a un atto di indagine diverso, se idoneo a raggiungere il medesimo risultato perseguito con mezzi meno intrusivi¹⁶⁴. L'art. 11, par. 4, l. 88/2017¹⁶⁵ traspone, infine, il diritto di consultazione, prevedendo che, dopo la consultazione, l'autorità di emissione possa (ma non sia obbligata a) ritirare l'ordine.

La Germania, a differenza degli altri Stati richiamati, presenta una disciplina molto più breve e sintetica, composta di soli dieci articoli (da 91a a 91j) introdotti nel corpo della

¹⁶¹ «1. La autoridad de emisión podrá emitir, de oficio o a instancia de parte, una orden europea de investigación cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que la emisión de una orden europea de investigación sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita, teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado».

¹⁶² «Cuando el resultado perseguido por la orden europea de investigación pudiera conseguirse mediante una medida de investigación menos restrictiva de los derechos fundamentales que la solicitada en la orden europea de investigación, la autoridad competente española ordenará la ejecución de esta última».

¹⁶³ «A DEI só pode ser emitida ou validada se estiverem reunidas as seguintes condições: a) Se for necessária, adequada e proporcional, para efeitos dos processos a que se refere o artigo 5.º; tendo em conta os direitos do suspeito ou do arguido».

¹⁶⁴ «A autoridade de execução pode ainda recorrer a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI nos casos em que essa medida conduza ao mesmo resultado que a medida de investigação indicada pela autoridade de emissão, mas utilize meios menos intrusivos, tendo em conta o disposto na alínea a) n.º 1 do artigo 11».

¹⁶⁵ «A autoridade de emissão pode decidir retirar a DEI se, na sequência de contactos estabelecidos pela autoridade de execução, esta considerar que não se encontram preenchidas as condições estabelecidas no n.º 1»

Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), la legge sulla assistenza internazionale in materia penale. L'art. 91f, par. 1, IRG¹⁶⁶ prevede la possibilità di ricorrere a un atto meno invasivo rispetto a quello richiesto dall'autorità di emissione, a condizione che sia idoneo a raggiungere il medesimo scopo. Dal punto di vista attivo, inoltre, l'art. 91j si allinea in parte a quanto previsto dalla Direttiva, richiedendo che l'OEI debba essere conforme all'allegato A (che come visto impone di certificare la sussistenza dei requisiti di necessità e proporzionalità) e specifica che vi deve essere il rispetto del principio di proporzionalità limitatamente ai casi in cui l'OEI sia emesso da un'autorità amministrativa e sia richiesto il vaglio del pubblico ministero o del giudice. Non vi sono, al contrario, riferimenti al diritto di consultazione.

Dall'analisi sin qui condotta, si può osservare come Francia, Lussemburgo, Spagna e Germania richiedano, pur con le loro differenze, che l'emissione di un OEI debba essere necessaria e proporzionata ai fini del procedimento; il Portogallo, dal canto suo, richiede altresì che l'atto di indagine sia adeguato. Nessuno di questi Stati, però, ha fornito una definizione della nozione di proporzionalità; solo Francia e Lussemburgo hanno ancorato il requisito *de quo* alla tutela dei diritti fondamentali, ma non hanno fornito precisazioni ulteriori. In relazione alla possibilità di adottare un atto di indagine differente, Francia, Lussemburgo e Portogallo (e in parte la Germania) hanno recepito pressoché letteralmente quanto disposto dal legislatore europeo, facoltizzando l'autorità di esecuzione ad adottare un atto differente qualora si idoneo a raggiungere il medesimo scopo con mezzi meno intrusivi. Solo la Spagna ha elaborato la propria normativa interna in maniera parzialmente differente, disponendo che l'autorità di esecuzione possa adottare mezzi meno restrittivi dei diritti fondamentali. Infine, quanto al diritto di consultazione, lo stesso è previsto da Lussemburgo (ma solo relativamente alla verifica di necessità e proporzionalità) e Portogallo, ma è assente in Francia e Spagna.

Tutte le soluzioni adottate dagli Stati esaminati sono differenti da quanto previsto in Italia dal d.lgs. n. 108 del 2017. In primo luogo, la proporzionalità e la necessità dell'OEI sono requisiti espressamente richiesti ai fini della sua emissione da tutti gli Stati, a differenza di quanto stabilito dal legislatore italiano che sul punto è rimasto silente. Sotto l'aspetto della possibilità di sostituzione dell'atto, invece, benché con formulazioni letterali diverse,

¹⁶⁶ «*Steht eine weniger einschneidende Ermittlungsmaßnahme als die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebene zur Verfügung, ist auf erstere zurückzugreifen, wenn mit dieser das gleiche Ergebnis erzielt werden kann wie mit der in dem Ersuchen angegebenen Ermittlungsmaßnahme*».

l'unica differenza significativa è data dall'obbligatorietà per la disciplina italiana di operare la sostituzione, mentre gli altri Stati – in linea con la Direttiva – prevedono una semplice facoltà per lo Stato di esecuzione. Infine, l'Italia prevede il diritto di consultazione al pari di Lussemburgo e Portogallo, mentre Francia e Spagna non lo disciplinano. A differenza di Lussemburgo e Portogallo, tuttavia, l'Italia prevede che la consultazione sia finalizzata al ritiro o all'emissione di una nuova richiesta, senza specificare espressamente se sia possibile o meno confermare l'ordine già emesso (implicitamente sembra potersi percorrere quest'ultima ipotesi).

In conclusione, le esperienze straniere potrebbero essere prese ad esempio per adattare la normativa italiana sotto tre aspetti. Innanzitutto, è doveroso introdurre i requisiti di necessità e proporzionalità ai fini dell'emissione dell'ordine (così come in tutti gli Stati esaminati). In secondo luogo, la possibilità di sostituire l'atto richiesto dovrebbe essere resa facoltativa e andrebbe specificato il requisito della minore intrusività sui diritti fondamentali (così come sostanzialmente accade in tutti gli Stati esaminati). Infine, sarebbe opportuno che il diritto di consultazione fosse formulato con un riferimento più generico all'importanza di eseguire l'OEI, anziché al fine di valutare il ritiro o una nuova emissione, al pari di quanto disposto dalla Direttiva e dal Lussemburgo. Ciò consentirebbe di risolvere in radice eventuali dubbi circa la possibilità per l'autorità di emissione di confermare l'OEI (facoltà che come visto sembra implicita), oltre ad adeguare la normativa italiana a quanto imposto dalla Direttiva.

5. Il principio di equivalenza

Il principio di equivalenza rappresenta un'altra chiave di volta del sistema dell'OEI, ma ancor prima permea ad ampio spettro il diritto dell'UE. Della dimensione multiforme di tale principio nell'ambito del diritto comunitario¹⁶⁷, da un punto di vista generale vengono in rilievo in particolare due aspetti: con riferimento al cittadino, il dovere per i singoli Stati

¹⁶⁷ Per esempio l'art. 52, par. 3 e 4, Carta di Nizza prevede che «laddove la presente Carta contenga diritto corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» e che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». Sul punto la dottrina ha evidenziato che «*even the EU Treaties require a reasonable balance between the aims of the Union and fundamental rights, in order to avoid the unnecessary frustration of each. This is, first of all, the purpose of the principle of equivalence provided by Article 52(3) and (4) and by Article 53 Nice Charter*» (M. DANIELE, *Evidence gathering*, op. cit., p. 185).

membri di non discriminare¹⁶⁸ coloro che invocano la tutela di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'UE rispetto a quelle scaturenti dal diritto nazionale; dal punto di vista della cooperazione giudiziaria, oltre a rappresentare un «*pillar*» del mutuo riconoscimento unitamente alla fiducia reciproca, sta a significare che le decisioni giudiziarie di uno Stato terzo sono, nello Stato di esecuzione, equivalenti a quelle interne¹⁶⁹.

Nello specifico contesto dell'OEI, il principio di equivalenza¹⁷⁰ si manifesta sotto diverse vesti, che interessano le autorità di emissione e di esecuzione tanto congiuntamente, quanto disgiuntamente. In particolare, la Direttiva prescrive che i rimedi siano equivalenti nello Stato di esecuzione e in quello di emissione, mentre altri aspetti (le condizioni di emissione, l'esecuzione concelebrata e la competenza dell'autorità di emissione) caratterizzano solamente il Paese richiedente ed altri ancora (la verifica sull'adottabilità in un caso interno analogo e i termini per il riconoscimento) esclusivamente quello richiesto.

In relazione ai rimedi, che ha già chiamato in causa la Corte di Giustizia in ben due occasioni¹⁷¹ e che verrà approfondito nel Capitolo V¹⁷², la Direttiva obbliga gli Stati (di emissione e di esecuzione) ad assicurare «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo» (art. 14, par. 1), con gli stessi termini (art. 14, par. 4) e con possibilità di sospensione dell'esecuzione dell'atto solo se espressamente previsto in casi «interni analoghi» (art. 14, par. 6); con la logica conseguenza di applicare le norme processuali interne tanto ai ricorsi fondati sul diritto nazionale quanto a quelli basati sul diritto UE (con analoghi *petita* e *causae petendi*¹⁷³), al fine di garantire una parità di trattamento a prescindere dalla fonte del diritto concesso al cittadino. Anche la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mancato di sottolineare l'equivalenza tra rimedi «nazionali» e rimedi «europei», ribadendo più volte che «le modalità di attuazione dei diritti spettanti alle persone in forza del diritto dell'Unione rientrano nell'ordinamento giuridico

¹⁶⁸ A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'UE*, 2019, 3, pp. 532 s. ritiene che il principio di equivalenza «si risolve in sostanza, nella dimensione processuale del più generale canone di non discriminazione».

¹⁶⁹ E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 193; R. VOYNOVA, *Modern Instruments for Evidence-Gathering in Criminal Matters across EU*, in *De Gruyter*, 2018, p. 249.

¹⁷⁰ Così A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 242.

¹⁷¹ C.G.U.E, Sez. I, 24 ottobre 2019, *Gavanozov*, C-324/17; C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-582/19.

¹⁷² V. E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., p. 194, secondo cui «*el principio de equivalencia es inherente al de efectividad, que significa que el Derecho interno de un determinado Estado miembro no puede dificultar al ejercicio de los derechos reconocidos per el Derecho de la Unión*».

¹⁷³ C.G.U.E, Sez. IV, 30 giugno 2022, *I.R.*, C-105/21, §65.

interno degli Stati membri in virtù del principio d'autonomia procedurale di questi ultimi. Tali modalità, tuttavia, non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)»¹⁷⁴.

La verifica sulla sussistenza del principio di equivalenza non deve però essere condotta atomisticamente, considerando cioè la disposizione processuale avulsa dal sistema giuridico in cui è collocata. L'elaborazione giurisprudenziale ha, a tal fine, valorizzato una serie di fattori da tenere in massima considerazione, tra i quali figurano l'impostazione complessiva, lo svolgimento e le peculiarità del procedimento dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali, nonché – ove necessario – la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento¹⁷⁵.

Inoltre, con specifico riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale, la Corte di Giustizia, pronunciandosi su una questione pregiudiziale avente ad oggetto un MAE, ha precisato che il principio di equivalenza deve essere garantito, nello Stato di emissione, nel momento in cui il soggetto detenuto è trasferito in quest'ultimo: un detenuto ristretto sulla base di un provvedimento nazionale e un detenuto recluso sulla base di un MAE nel medesimo Stato devono beneficiare degli stessi diritti, «in quanto le loro posizioni sono, in tale momento, comparabili»¹⁷⁶.

Le stesse considerazioni possono trovare spazio anche per quanto riguarda un OEI, pur con gli opportuni adattamenti che si impongono in virtù della diversa natura di un euro-ordine probatorio e un euro-ordine custodiale. In linea di massima, per gli OEI si deve guardare all'ubicazione della prova e non al luogo di residenza, domicilio o dimora della persona interessata dall'atto di indagine o dal procedimento. Nel momento in cui la prova raggiunge

¹⁷⁴ C.G.U.E, Sez. I, 01 agosto 2022, *T.L.*, C-242/22, §75. In termini, C.G.U.E, Sez. VI, 10 febbraio 2022, *L.M.*, C-219/20, §41; C.G.U.E, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, *Randstad Italia S.p.A.*, C-497/20, §58; C.G.U.E, Sez. X, 21 ottobre 2021, *Z.X.*, C-282/20, §35; C.G.U.E, Grande Sezione, 15 aprile 2021, *H.A.*, C-194/19, §42; C.G.U.E, Sez. I, 19 marzo 2020, *L.H.*, C-564/18, §63; C.G.U.E, Sez. I, 19 marzo 2020, *P.G.*, C-406/18, § 26; C.G.U.E, Sez. V, 16 luglio 2020, *Milkiyas Addis c. Bundesrepublik Deutschland*, C-517/17, §57; C.G.U.E, Sez. I, 10 marzo 2021, *M.A.*, C-949/19; G.U.E, Sez. III, 07 novembre 2018, *K e B c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-380/17, §56; C.G.U.E, Sez. III, 20 ottobre 2016, *Evelyn Danqua*, C-492/15, §29; C.G.U.E, Sez. II, 10 settembre 2013, *M.G. e N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13, §35; C.G.U.E, Sez. I, 16 marzo 2006, *Rosmarie Kapferer c. Shlank&Schick GmbH*, C-234/04, §22; C.G.U.E, Grande Sezione, 08 novembre 2005, *Götz Leffler c. Berlin Chemie AG*, C-443/03, §50.

¹⁷⁵ C.G.U.E, Sez. I, 09 settembre 2020, *J.P.*, C-651/19, §42; C.G.U.E, Sez. I, 09 settembre 2020, *J.P. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-651/19, §42.

¹⁷⁶ C.G.U.E, Sez. IV, 30 giugno 2022, *I.R.*, C-105/21, §65.

lo Stato di emissione, deve essere possibile, per i soggetti interessati, azionare i rimedi presenti nello stesso, anche (e soprattutto) quelli che consentono di contestare il merito di un ordine; e ciò a prescindere dal fatto che il soggetto interessato si trovi o meno fisicamente nello Stato di emissione. Si pensi a un ordine di sequestro emesso dalla Germania volto ad acquisire un bene che si trova in Spagna. Nel momento in cui quest'ultima trasmette alla prima l'oggetto richiesto, il proprietario, residente in Spagna, potrà chiederne la restituzione o contestare i presupposti di merito alla base dell'atto alle autorità tedesche, a prescindere dal fatto che non si trovi in territorio teutonico. Leggermente diverso, al contrario, può sembrare il caso in cui la prova richiesta non sia stata acquisita dall'autorità di esecuzione, perché inesistente o perché oggettivamente impossibile da acquisire, in quanto non vi può materialmente essere alcun trasferimento allo Stato di emissione. In queste situazioni sembra potersi distinguere tra atti che sono stati eseguiti ma che non hanno condotto all'acquisizione della prova (es. una perquisizione non seguita da sequestro, in quanto non è stato rinvenuto quanto ricercato) e atti che non è stato possibile eseguire *tout court*. In quest'ultimo caso lo Stato di emissione non riceverà alcuna prova e, plausibilmente, non vi sarà spazio per l'esperimento di alcun rimedio interno analogo, in quanto è difficilmente ipotizzabile un rimedio avverso una prova non assunta e, ancora prima, avverso un atto non eseguito. A diversi risultati si giunge per quegli atti che sono stati compiuti, e che quindi possono aver comportato una restrizione dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, ma che non hanno condotto all'assunzione di alcuna prova, come può avvenire nel citato caso di una perquisizione non seguita da sequestro. In questi casi deve essere possibile contestare nello Stato di emissione il merito dell'atto di indagine svolto, analogamente a quanto avverrebbe in un caso interno analogo, a prescindere dall'ubicazione della prova, che risulta essere in concreto non disponibile¹⁷⁷.

Dal lato dell'autorità di emissione, il secondo aspetto del principio di equivalenza nella Direttiva 2014/41/UE si rinviene in una fase, quella delle condizioni di emissione di un ordine europeo di indagine, che è agli antipodi rispetto a quella appena analizzata relativa ai rimedi: se l'equivalenza dei rimedi è collocata alla fine del ciclo di vita dell'OEI, quella delle condizioni di emissione è posizionata al suo inizio. In quest'ottica, l'art. 6, par. 1, lett. b) consente l'adozione di un OEI se gli atti richiesti «avrebbero potuto essere emessi alle

¹⁷⁷ Sulla necessità di prevedere la reclamabilità di una perquisizione non seguita da sequestro probatorio v. C. EDU, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11, §§38 ss.

CAPITOLO II

stesse condizioni in un caso interno analogo» e, così disponendo, sembra aver creato un circuito in cui la possibilità di adottare un atto di indagine nazionale in casi analoghi è una *conditio sine qua non* dell'emissione di un OEI. In altre parole, il principio di equivalenza impone alle autorità interessate di domandarsi, prima di emettere un OEI, se lo stesso atto di indagine avrebbe potuto essere adottato in un caso interno analogo. Ad esempio, se nell'ordinamento italiano non è concesso procedere ad intercettazioni telefoniche per il reato di minacce (perché non ricompreso nell'elenco di cui all'art. 266 c.p.p.), per il principio di equivalenza di cui all'art. 6 della Direttiva il medesimo divieto varrà anche per l'emissione di un OEI, così evitando il rischio di ricorsi a tecniche di *forum shopping* che consentirebbero di aggirare le regole probatorie nazionali.

L'esecuzione concelebrata di un OEI rappresenta il terzo aspetto del principio di equivalenza per quanto riguarda l'autorità di emissione, dal momento che l'art. 9, par. 4, concede la possibilità a quest'ultima di partecipare all'esecuzione di un OEI nello Stato richiesto solo qualora l'autorità di emissione possa «partecipare all'esecuzione dell'atto o degli atti di indagine di cui all'OEI in un caso interno analogo». Non si può non notare come, anche in questa situazione, la scelta di fondo dei *conditores* sovranazionali sia quella di evitare disparità di trattamento tra l'esecuzione di un atto interno e un atto europeo.

Al principio di equivalenza di origine normativa se ne affianca, inoltre, uno di matrice puramente giurisprudenziale. La Corte di Giustizia, chiamata a verificare la rispondenza del diritto bulgaro a quello dell'Unione, con la sentenza *H.P.* ha ulteriormente esteso l'ambito applicativo del principio in questione, richiedendo un parallelismo tra le autorità di emissione, le quali devono essere le medesime tanto per un atto di indagine nazionale quanto per un OEI. Tale impostazione sarebbe resa necessaria dai considerando 5, 6, 7, 8 e 10 e dall'art. 2, par. 1, lett. c), n. i), il quale ultimo definisce l'autorità di emissione come «un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato». La Corte ha infatti puntualizzato che, «nell'ambito di un'indagine penale, un'eventuale distinzione tra l'autorità di emissione dell'ordine europeo di indagine e l'autorità competente a disporre atti di indagine in relazione al suddetto procedimento penale comporterebbe il rischio di complicare il sistema di cooperazione e pregiudicare in tal modo la realizzazione di un sistema semplificato ed efficace»¹⁷⁸.

Si è sin qui osservato come il principio di equivalenza permei buona parte del ciclo di

¹⁷⁸ C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §38.

vita di un OEI dal lato dell'autorità di emissione, ma lo stesso caratterizza anche molte disposizioni che riguardano l'autorità di esecuzione, la quale è tenuta a dare esecuzione a un OEI al pari di un atto di indagine nazionale, salvo che lo stesso non sia disponibile in un caso interno analogo o non sia previsto dal proprio diritto interno (art. 10, par. 1).

Per quanto riguarda il primo aspetto, quello dell'esecuzione al pari di un atto interno, l'art. 12, par. 1, richiede che «l'adozione della decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione e il compimento dell'atto d'indagine [abbiano] luogo con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo» e l'art. 9, par. 1, stabilisce che l'autorità di esecuzione riconosce un OEI «e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione». Se il riferimento alla celerità e alla priorità non suscita particolari questioni esegetiche, al contrario l'obbligo di riconoscimento ed esecuzione secondo le stesse modalità interne necessita di alcune puntualizzazioni. Invero, in quest'ultimo caso, il principio di equivalenza opera con talune limitazioni dettate dalla possibilità di azionare i motivi di non riconoscimento o non esecuzione, nonché di sostituzione, espressamente contemplati dalla Direttiva che, come visto, sono il frutto della mancata armonizzazione delle discipline probatorie nazionali. Inoltre, l'adozione del principio della *lex fori* (per quanto come visto temperato) si pone anch'esso in antinomia con un "puro" principio di equivalenza, che pertanto risulta essere nei fatti ampiamente più affievolito di quanto richiamato in via generale dall'art. 9, par. 1.

Guardando più da vicino i motivi di sostituzione, si può notare come il principio di equivalenza, in tale contesto, possa essere declinato in modo opposto rispetto a quanto sinora trattato: non prescrive un *facere* analogamente a quanto disciplinato in un caso interno analogo, bensì impone o consente di "fare qualcosa di diverso" o un *non facere* se non previsto dal diritto interno. Più nello specifico, la Direttiva consente di ricorrere a un atto di indagine diverso (art. 10, par. 1) – e, quale *extrema ratio*, il rifiuto dell'«assistenza richiesta» nell'impossibilità di adottare un atto diverso (art. 10, par. 5) – se lo stesso è inesistente nello Stato di esecuzione o non è disponibile in un caso interno analogo (fatta eccezione per cinque atti di indagine che devono necessariamente essere presenti in tutti gli ordinamenti)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ L'art. 10, par. 2, prescrive infatti che «devono sempre essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione: a) l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI; b) l'acquisizione di informazioni contenute

Disposizioni simili sono anche dettate dalla parte speciale della Direttiva in merito alle informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari (art. 26), informazioni relative a operazioni bancarie ed altre operazioni finanziarie (art. 27), atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuativo e per un periodo determinato (art. 28), operazioni di infiltrazione (art. 29), intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro (artt. 30 e 31), le quali prevedono che l'esecuzione dell'atto può essere rifiutata se lo stesso non è previsto in un caso interno analogo.

Infine, un ultimo aspetto del principio di equivalenza riguardante l'autorità di esecuzione è dato dalla possibilità di rifiutare un OEI, emesso in un procedimento avviato dalle autorità amministrative o da autorità giudiziarie diverse da quella penale che possa sfociare in un procedimento avanti un organo giurisdizionale competente in materia penale (art. 4, par. 1, lett. b) e c)), qualora «l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo» (art. 11, par. 1, lett. c)).

5.1. Il principio di equivalenza nell'ordinamento italiano

Nel solco tracciato dalla Direttiva, il d.lgs. n. 108 del 2017 non è stato cristallino nel disciplinare l'equivalenza. A parte il riferimento contenuto nell'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 (relativo alle autorità di emissione), le altre disposizioni non sempre rispecchiano in modo fedele lo spirito della Direttiva o, quantomeno, non lo traducono in maniera ottimale.

Più nel dettaglio, l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017, rappresenta l'espressione del principio di equivalenza di matrice giurisprudenziale richiesto dalla Corte di Giustizia con la sentenza *H.P.*, in quanto prevede che «il pubblico ministero e il giudice che procede possono emettere, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, un ordine di indagine». È evidente il parallelismo tra l'adozione di un atto interno e di un OEI, dal momento che è sufficiente che il pubblico ministero o il giudice che procede siano competenti ad emettere l'ordine, senza che siano imposti ulteriori vincoli o formalità.

Le prime differenze rispetto alla normativa sovranazionale si riscontrano, dal lato

in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente nel quadro di un procedimento penale; c) l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione; d) atti d'indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione; e) l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP».

dell'autorità di emissione, già dalla fase iniziale di un OEI, ossia quella delle condizioni di emissione. Si è visto, infatti, come l'art. 6, par. 1, lett. b), Direttiva 2014/41/UE richieda che gli atti di indagine oggetto di un ordine «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo». Il d.lgs. n. 108 del 2017, tuttavia, con una scelta che appare incomprensibile¹⁸⁰, ha ritenuto di non trasporre espressamente il requisito in oggetto, al pari di quanto già evidenziato in relazione al principio di proporzione. Rimandando all'analisi svolta su quest'ultimo punto, anche in tema di efficacia diretta della Direttiva¹⁸¹, pare comunque opportuno osservare come l'autorità italiana, nell'emettere un OEI, sia tenuta a certificare con la compilazione e la trasmissione dell'allegato A che «gli atti di indagine richiesti avrebbero potuto essere disposti alle stesse condizioni in un caso interno analogo». La traduzione letterale dell'allegato A ha, dunque, permesso di sopperire a una mancanza legislativa che avrebbe potuto – almeno su un piano astratto – condurre a interpretazioni difformi della normativa italiana.

Per quanto riguarda l'esecuzione concelebrata, non si rinviene nel d.lgs. n. 108 del 2017 una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 9, par. 4, Direttiva 2014/41/UE, che autorizza l'autorità di emissione a partecipare all'esecuzione dell'atto richiesto se la stessa vi avrebbe potuto partecipare «in un caso interno analogo». L'art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017 prevede semplicemente la facoltà per il pubblico ministero e per il giudice che ha emesso l'ordine di «partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine», ma non viene specificato se la loro partecipazione può avvenire solo se prevista per un caso interno analogo. Tale mancanza non sembra suscitare problemi degni di nota, in quanto la specificazione circa la possibilità di partecipazione in un caso interno analogo sarebbe stata probabilmente superflua, atteso che il pubblico ministero e il giudice hanno sempre la facoltà di partecipare agli atti da loro stessi ordinati.

Anche dal lato dell'autorità di esecuzione i problemi di trasposizione del principio di equivalenza non mancano.

In tema di esecuzione concelebrata, l'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 si limita a stabilire che «l'autorità di emissione può chiedere di partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine», ma nulla è detto in merito all'analogia con i casi interni.

¹⁸⁰ Secondo E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1311 tale scelta «desta invece perplessità».

¹⁸¹ Analogamente anche E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1312; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 314; M. DANIELE, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 210; A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 171.

CAPITOLO II

In merito ai termini per il riconoscimento, l'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 si è doverosamente preoccupato di trasporre gli stringenti limiti temporali dettati dalla Direttiva (*i.e.* 30 giorni per il riconoscimento dalla ricezione dell'OEI, prorogabili eventualmente di altri 30, e 90 giorni per l'esecuzione che decorrono dal momento del riconoscimento), ma ancora una volta non ha specificato che la decisione sul riconoscimento e la relativa esecuzione «hanno luogo con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo» (art. 12, par. 1, Direttiva 2014/41/UE), né, tantomeno, ha imposto che l'esecuzione avvenga «nello stesso modo e secondo le stesse modalità» di un atto interno (art. 9, par. 1, Direttiva 2014/41/UE). Ancora una volta non si comprende se la mancanza sia il frutto di una dimenticanza del legislatore nazionale ovvero, al contrario, rappresenti una scelta ponderata di cui, in ogni caso, è difficile comprendere le ragioni. L'unica motivazione plausibile può essere data dalle dilatate tempistiche che, tendenzialmente, gli atti di indagine interni richiedono e, pertanto, il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI nel termine massimo di 120 giorni può essere sembrato sufficiente a garantire la parità di trattamento tra atti interni ed atti europei. Ad oggi, l'omessa previsione riguardante l'esecuzione di un OEI con le stesse celerità e priorità in un caso interno analogo può essere parzialmente supplita dal nuovo art. 696 *octies* c.p.p., introdotto con il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 108 del 2017 e inserito nel Titolo I *bis* del Libro XI riguardante i «principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea», il quale prevede che «l'autorità giudiziaria riconosce ed esegue le decisioni e i provvedimenti giudiziari di altri Stati membri senza ritardo e con modalità idonee ad assicurarne la tempestività e l'efficacia». La citata norma, benché sia del tutto residuale rispetto alle specifiche disposizioni dei vari strumenti di mutuo riconoscimento sinora implementati nell'ordinamento interno, può trovare applicazione nel caso di specie, in quanto non è derogata dall'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 e non si pone in contrasto con lo stesso: stabilire che l'autorità giudiziaria sia tenuta a procedere senza ritardo, garantendo la tempestività e l'efficacia, non impedisce l'operatività dei termini di cui all'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017; al contrario può essere un incentivo al loro rispetto.

In ogni caso, a prescindere dai motivi alla base di una simile “scelta”, non si può che stigmatizzare la mancata trasposizione di quella parte della Direttiva che impone, in relazione a un OEI, di agire con la medesima celerità e priorità, nonché con gli stessi modi e le stesse modalità di esecuzione, di un atto nazionale.

Ulteriori aspetti degni di nota poggiano le radici nei motivi di sostituzione o rifiuto di un OEI.

Per quanto riguarda i primi, l'art. 9 d.lgs. n. 108 del 2017 è formulato in modo analogo all'art. 10, par. 1, Direttiva 2014/41/UE, e stabilisce che «quando l'atto richiesto per l'esecuzione dell'ordine di indagine non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento, il procuratore della Repubblica provvede [...] mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo». La normativa italiana, così disponendo, si è allineata a quanto previsto da quella sovranazionale, ma non ha tenuto in considerazione che un atto di indagine non previsto dalla legge italiana può essere eseguito ai sensi dell'art. 189 c.p.p., il quale, essendo una disposizione aperta, consente di farvi rientrare qualsiasi atto di indagine, a condizione che sia idoneo ad assicurare l'accertamento dei fatti che non pregiudichi la libertà morale della persona (sul punto v. *infra* Capitolo IV).

In relazione ai motivi di non riconoscimento, invece, l'art. 10 d.lgs. n. 108 del 2017 non ha trasposto quello legato alla violazione del principio di equivalenza di cui all'art. 11, par. 1, lett. c), Direttiva 2014/41/UE, per ragioni che ad oggi ancora non si comprendono. In ogni caso, tale scelta non si pone in contrasto con l'articolato della Direttiva, in quanto tutti i motivi di non riconoscimento previsti dalla stessa sono meramente facoltativi e, di conseguenza, uno Stato è libero tanto di trasporli tutti, quanto di non trasporli affatto o di trasporli solo parzialmente.

L'ultimo aspetto che non può non essere evidenziato, essendo quello che rappresenta una delle tematiche più delicate, è quello dei rimedi. La Direttiva prevede che gli Stati debbano predisporre ricorsi analoghi a quelli interni, con la precisazione che le ragioni di merito possono essere contestate esclusivamente nello Stato di emissione (art. 14 Direttiva 2014/41/UE). La scelta italiana è stata quella di approntare due tipologie differenti di mezzi di impugnazione, relativi rispettivamente all'Italia quale autorità di esecuzione e quale autorità di emissione, finendo così con il creare una sorta di “doppio binario impugnatorio”. Dal primo punto di vista, quando cioè l'Italia agisce come autorità di esecuzione, è stata introdotta un'inedita opposizione al decreto di riconoscimento da proporre al GIP (art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017), che disegna un istituto che non ha eguali nell'ambito del nostro

ordinamento¹⁸² e che non sembra allinearsi al principio di equivalenza richiesto dalla Direttiva. Sebbene l'idea del legislatore italiano sia stata quella di «offrire una ulteriore *chance* di tutela posto che l'attività richiesta tramite l'OEI è, nella maggior parte dei casi, in sé non impugnabile con l'eccezione del sequestro probatorio»¹⁸³, si vedrà (*infra* Capitolo V) come tale scelta abbia condotto a problemi applicativi che ne hanno dimostrato l'effetto contrario e che hanno condotto a interpretazioni antitetiche della Corte di cassazione che, ad oggi, non paiono aver trovato soluzione. Anche dal lato attivo la normativa interna non è esente da rilievi critici, in quanto si è limitata a prevedere il riesame di un OEI avente ad oggetto un sequestro probatorio (art. 28 d.lgs. n. 108 del 2017)¹⁸⁴. La scelta sembra essere giustificata dall'impostazione sistematica del codice di rito, il quale, come noto, prevedeva che gli atti di indagine interni non sono generalmente impugnabili autonomamente, ad eccezione del solo sequestro probatorio per il quale è consentito fare ricorso al riesame. I *conditores*, tuttavia, non hanno tenuto in considerazione la natura sempre *in fieri* del diritto e hanno purtroppo cristallizzato la situazione al momento in cui il decreto legislativo è stato adottato. E ad oggi, infatti, a seguito della c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)¹⁸⁵, è possibile impugnare autonomamente anche il decreto di perquisizione non seguito da un sequestro, così come previsto dal nuovo art. 252 *bis* c.p.p., rubricato «opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero», introdotto dall'art. 12 d.lgs. n. 150 del 2022.

A fronte delle problematiche applicative delineate dall'attuale impostazione della normativa italiana, sarebbe opportuna un'opera di riforma che si limiti, più genericamente, a

¹⁸² Nei precedenti strumenti di mutuo riconoscimento, il rimedio previsto era generalmente il ricorso per cassazione. Così l'art. 22 l. 22 aprile 2005, n. 69, che ha recepito la DQ 2002/584/GAI; l'art. 12 d.lgs. 07 settembre 2010, n. 161, che ha recepito la DQ 2008/909/GAI; l'art. 11 d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 37, che ha recepito la DQ 2005/214/GAI; l'art. 8 d.lgs. 07 agosto 2015, n. 137, che ha recepito la DQ 2006/783/GAI; l'art. 12 d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38, che ha recepito la DQ 2008/947/GAI; L'art. 9 d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, che ha recepito la DQ 2003/577/GAI ha, invece, previsto il riesame quale mezzo di impugnazione.

¹⁸³ Relazione illustrativa, op. cit., p. 4. La medesima relazione, a p. 8, ribadisce il concetto: «si tratta di una garanzia minima, ritenuta tanto più opportuna in quanto non è prevista, di regola [...], una competenza giurisdizionale circa il vaglio sui requisiti positivi o negativi (l'assenza, appunto, di motivi di rifiuto) del riconoscimento ed esecuzione dell'OEI, né, comunque, altra impugnazione al riguardo».

¹⁸⁴ Di diverso avviso E. LORENZETTO, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 1312, la quale ritiene che «la previsione è certamente opportuna. Essa, infatti, individua in modo esplicito il mezzo azionabile e il suo oggetto, così superando *per tabulas* le difficoltà, già sperimentate nel sistema delle rogatorie, di ricostruire l'impugnazione in via esetica».

¹⁸⁵ L'intervento si è reso necessario anche a seguito della sentenza *Brazzi*: C. EDU, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11, §§38 ss.

prevedere che gli OEI, tanto sul fronte attivo quanto su quello passivo, siano impugnabili con rimedi interni analoghi a quelli previsti dal codice di rito, con la precisazione che dal lato passivo (quando cioè l'Italia è autorità di esecuzione) non è possibile sollevare quelle ragioni di merito che sono riservate all'autorità di emissione (o viceversa che è possibile solo dal lato attivo contestare il merito dell'atto). Una scelta per certi versi simile era stata compiuta con l'art. 9 d.lgs. n. 35 del 2016, di recepimento della DQ 2003/577/GAI relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, il quale prevede(va) che contro il decreto di riconoscimento potesse essere avanzata richiesta di riesame, ma «è preclusa la contestazione dei motivi di merito su cui si fonda il provvedimento di blocco o di sequestro davanti all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione». Come noto, il d.lgs. n. 35 del 2016 trova oggi limitata applicazione solamente per la cooperazione con Irlanda e Danimarca¹⁸⁶, ma la scelta normativa sembra poter essere un utile spunto per emendare il d.lgs. n. 108 del 2017. Sebbene l'art. 9 d.lgs. n. 35 del 2016 faccia riferimento esclusivo alla richiesta di riesame, si deve comunque considerare che la DQ 2003/577/GAI possiede un ambito applicativo limitato ai soli provvedimenti di sequestro e, pertanto, la scelta di indicare quale rimedio interno contro il decreto di riconoscimento il riesame era, in applicazione del principio di equivalenza, sostanzialmente obbligata. Ciò che è apprezzabile e che, di conseguenza, sarebbe da tradurre nel d.lgs. n. 108 del 2017, è la precisa indicazione dell'impossibilità di contestare i motivi di merito alla base del decreto di sequestro nello Stato di esecuzione. Con una formulazione per certi versi simile, inoltre, l'art. 696 *novies* c.p.p. prevede che «le decisioni sul riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria di altro Stato membro sono impugnabili nei casi e con i mezzi previsti dalla legge» e precisa che «non è ammessa l'impugnazione per motivi di merito». Tale norma è sicuramente derogata dal d.lgs. n. 108 del 2017, ma dimostra ancora una volta come il legislatore non sia nuovo a simili scelte.

Pertanto, al fine di garantire una coerenza sistematica tra la Direttiva 2014/41/UE e il d.lgs. n. 108 del 2018, di preservare il principio di equivalenza e di tenere in considerazione

¹⁸⁶ Irlanda e Danimarca, infatti, non sono vincolati dagli strumenti che hanno sostituito la DQ 2003/577/GAI, alla quale invece hanno partecipato e tutt'ora trova applicazione nei loro confronti. In particolare, la Direttiva 2014/41/UE ha sostituito la DQ 2003/577/GAI nella parte relativa al sequestro probatorio (art. 34), ma i considerando 44 e 45 precisano che, rispettivamente, Irlanda e Danimarca non partecipano all'adozione della Direttiva e non sono vincolate dalla stessa; il regolamento 2018/1805/UE ha sostituito la DQ 2003/577/GAI in relazione alle altre tipologie di sequestro penale (*rectius* il «congelamento di beni») diversa da quella probatoria (art. 39), ma i considerando 56 e 57 precisano che, rispettivamente, Irlanda e Danimarca non partecipano all'adozione del regolamento sono vincolate dallo stesso.

gli sviluppi futuri della legislazione nazionale, pare opportuno, come anticipato, prevedere contro gli OEI dei rimedi analoghi a quelli interni tanto per il decreto di riconoscimento (che allo Stato non esistono) quanto per la sua esecuzione, precisando che i motivi di merito non sono contestabili nello Stato di esecuzione (o al contrario che sono azionabili solo nello Stato di emissione). In tal modo, verrebbero meno alcuni dei problemi che già si sono manifestati nella pratica, quale ad esempio la (im)possibilità di ricorrere congiuntamente al riesame contro l'esecuzione di un OEI e all'opposizione *ex art. 13* d.lgs. n. 108 del 2017 avverso il decreto di riconoscimento.

5.2. Spunti comparatistici

In Francia il rispetto del principio di equivalenza sembra garantito sotto tutti gli aspetti sin qui esaminati (condizioni di emissione di un OEI, esecuzione concelebrata, autorità di emissione, motivi di sostituzione/rifiuto, modalità e termini del riconoscimento, rimedi). In particolare, con riferimento alle condizioni di emissione e alle autorità competenti, si stabilisce che queste ultime possano emettere un OEI «conformemente alle disposizioni del presente codice» (art. 694-20, par. 3, CPPF¹⁸⁷) «à l'occasion des procédures dont ils sont saisis et dans l'exercice de leurs attributions» (art. 694-20, par. 1, CPPF). Anche l'esecuzione concelebrata rispecchia il principio di proporzionalità, dal momento che è prevista la possibilità per il pubblico ministero o per il giudice di recarsi in territorio straniero per l'esecuzione di un OEI (in particolare di un'audizione), secondo quanto stabilito da altre due norme del codice di rito francese (artt. 694-20, 41, 93-1 CPPF¹⁸⁸). Dal punto di vista dell'autorità di esecuzione, l'impostazione è la medesima: il riconoscimento e l'esecuzione devono avvenire nello stesso modo, con le medesime modalità (art. 694-17 CPPF¹⁸⁹) e con uguali

¹⁸⁷ «Les autorités judiciaires mentionnées au premier alinéa ne peuvent émettre une décision d'enquête que pour l'exécution de mesures qu'elles sont elles-mêmes habilitées à ordonner ou exécuter conformément aux dispositions du présent code».

¹⁸⁸ Art. 694-20 CPPF: *Lorsqu'à l'occasion de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, le magistrat se transporte sur le territoire de l'Etat d'exécution en application du cinquième alinéa de l'article 41 ou de l'article 93-1, il peut émettre une décision d'enquête en complément de la précédente décision».*

Art. 41 CPPF: *«Il peut se transporter dans toute l'étendue du territoire national. Il peut également, dans le cadre d'une demande d'entraide adressée à un Etat étranger et avec l'accord des autorités compétentes de l'Etat concerné, se transporter sur le territoire d'un Etat étranger aux fins de procéder à des auditions».*

Art. 93-1 *«Si les nécessités de l'instruction l'exigent, le juge d'instruction peut, dans le cadre d'une commission rogatoire adressée à un Etat étranger ou d'une décision d'enquête européenne adressée à un Etat membre de l'Union européenne et avec l'accord des autorités compétentes de l'Etat concerné, se transporter avec son greffier sur le territoire de cet Etat aux fins de procéder à des auditions».*

¹⁸⁹ «Les Etats membres reconnaissent sans aucune formalité une décision d'enquête européenne et ils l'exécutent de la même manière et selon les mêmes modalités que si la demande émanait d'une autorité judiciaire

celerità e priorità (artt. 694-35¹⁹⁰ e 694-37 CPPF¹⁹¹), con la precisazione che comunque il riconoscimento non può avvenire oltre trenta giorni dal ricevimento dell'ordine e la relativa esecuzione entro novanta giorni dal riconoscimento. Inoltre, anche la possibilità di sostituzione è prevista qualora «*la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par le présent code ou qu'elle ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire*» (art. 694-38 CPPF). Ciò che più colpisce è, tuttavia, la tecnica normativa utilizzata dal legislatore francese per i rimedi, in quanto, da un lato, non si rinviene alcuna disposizione relativa nella procedura attiva (*i.e.* quando la Francia è Stato di emissione), così che la Francia pare dare per scontato che gli interessati possano azionare rimedi analoghi a quelli interni; dall'altro, in relazione alla procedura passiva, la Francia ha optato per una generica formulazione del codice di rito che però sottolinea l'impossibilità di contestare, nello Stato di esecuzione, i motivi di merito posti alla base dell'OEI (art. 694-41¹⁹²); tale articolo, che ricorda per certi versi l'omologa disposizione della Direttiva 2014/41/UE, rimette all'interprete la possibilità di comprendere quali siano i rimedi che possono trovare applicazione nel caso concreto ed evita di fotografare una situazione normativa che potrebbe nel tempo modificarsi.

In Lussemburgo le scelte del legislatore sono in gran parte simili a quello francese, con due vistose eccezioni concernenti l'esecuzione concelebrata e, soprattutto, i rimedi. Più nel dettaglio, il principio di equivalenza è garantito per quanto riguarda le condizioni e l'autorità

nationale, sauf si est applicable un motif valable prévu par la présente section de non-reconnaissance, de non-exécution ou de report de la décision, et sous réserve de l'application des formalités expressément demandées par l'autorité d'émission non contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution».

¹⁹⁰ «*Le magistrat saisi prend la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne avec la même célérité et priorité que dans le cadre d'une procédure nationale similaire et au plus tard trente jours après la réception de la décision d'enquête européenne*».

¹⁹¹ «*La décision d'enquête est exécutée dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de la décision prévue par l'article 694-35*».

¹⁹² «*Lorsque des mesures exécutées sur le territoire national en application d'une décision d'enquête européenne auraient pu, si elles avaient été exécutées dans le cadre d'une procédure nationale, faire l'objet d'une contestation, d'une demande de nullité ou de toute autre forme de recours en application des dispositions du présent code, ces recours peuvent, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, être formés contre ces mesures par les personnes intéressés. Ces personnes sont informées de leur possibilité d'exercer ces recours lorsque cette information est prévue par les dispositions du présent code.*

Ces recours ne suspendent pas l'exécution de la mesure d'enquête, sauf si cette suspension est prévue par les dispositions du présent code.

Ne peuvent être invoqués à l'appui de ces recours les motifs de fond à l'origine de la décision d'enquête européenne, qui ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'Etat d'émission».

di emissione (art. 5 l. 1° agosto 2018¹⁹³), per le modalità (art. 13, par. 1, l. 1° agosto 2018¹⁹⁴) e i termini (art. 18 l. 1° agosto 2018¹⁹⁵) del riconoscimento e dell'esecuzione, nonché per la possibilità di sostituzione/rifiuto dell'atto richiesto (art. 17, par. 2 e 3, l. 1° agosto 2018¹⁹⁶). Le due grandi differenze rispetto al modello francese riguardano, dunque, l'esecuzione celebrata e i rimedi. Mentre per la prima è espressamente imposto il principio di equivalenza tanto per la procedura attiva (come in Francia – art. 8 l. 1° agosto 2018¹⁹⁷) quanto per quella passiva (a differenza della Francia – art. 14, par. 1, l. 1° agosto 2018¹⁹⁸) e non sembra aggiungere nulla rispetto al panorama legislativo europeo, ben diversa è la questione relativa ai rimedi, in quanto viene disegnata in quest'ambito un'articolata disciplina delle impugnazioni contro un sequestro (artt. 26 ss l. 1° agosto 2018).

Anche in Spagna il principio di equivalenza è ampiamente salvaguardato sotto tutti gli aspetti, tanto dal lato attivo quanto dal lato passivo. In particolare, la scelta è stata quella di

¹⁹³ «Le procureur d'État, le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peuvent, dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte ou poursuivie et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du Code de procédure pénale».

¹⁹⁴ «L'autorité judiciaire luxembourgeoise reconnaît une décision d'enquête européenne sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et veille à ce qu'elle soit exécutée de la même manière et suivant les mêmes modalités que si la mesure d'enquête concernée avait été ordonnée par une autorité luxembourgeoise, à moins que cette autorité ne décide de se prévaloir de l'un des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution ou de l'un des motifs de report prévus par la présente loi».

¹⁹⁵ «Toute décision d'enquête européenne est traitée comme affaire urgente et prioritaire. L'autorité judiciaire luxembourgeoise prend la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne dès que possible et au plus tard 30 jours après la réception de la décision d'enquête européenne.

Sauf s'il existe des motifs de report au titre de l'article 19 ou si l'autorité judiciaire luxembourgeoise est déjà en possession des éléments de preuve mentionnés dans la mesure d'enquête visée par la décision d'enquête européenne, la mesure d'enquête est exécutée sans tarder et au plus tard 90 jours suivant la date à laquelle la décision visée à l'alinéa précédent a été prise».

¹⁹⁶ «2. Sous réserve du paragraphe 1er, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 a recours, chaque fois que cela s'avère possible, à une mesure d'enquête autre que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne lorsque: - la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par la loi luxembourgeoise, - la mesure d'enquête demandée ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

3. Lorsque la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par la loi luxembourgeoise ou qu'elle ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, et lorsqu'il n'existe aucune autre mesure d'enquête qui permettrait d'obtenir le même résultat que la mesure d'enquête demandée, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 informe l'autorité d'émission qu'il n'a pas été possible d'apporter l'assistance demandée».

¹⁹⁷ «L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut demander qu'elle ou plusieurs autres personnes assistent les autorités compétentes de l'État d'exécution dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la mesure où les personnes désignées pourraient les assister dans l'exécution des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure nationale similaire».

¹⁹⁸ «L'autorité d'émission peut demander qu'elle ou plusieurs autres personnes assistent les autorités luxembourgeoises compétentes dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la mesure où les personnes désignées pourraient les assister dans l'exécution des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure similaire dans l'État d'émission».

adottare formulazioni letterali piuttosto simili (se non in alcuni casi quasi identiche) a quelle della Direttiva, in particolare in tema di condizioni (art. 189, par. 1, LRMRP¹⁹⁹) e autorità di emissione (art. 187, par. 1, LRMRP²⁰⁰), modalità (art. 21 LRMRP²⁰¹) e termini (art. 208, par. 2 e 4, LRMRP²⁰²) per il riconoscimento e l'esecuzione, nonché in tema di sostituzione, con conseguente possibile rifiuto degli atti ordinati con un OEI in caso di "indisponibilità" interna degli stessi (art. 206, par. 3 e 5, LRMRP²⁰³). Il principio di equivalenza è altresì salvaguardato in relazione all'esecuzione concelebrata degli OEI, tanto dal lato attivo quanto da quello passivo (al pari del Lussemburgo – artt. 191²⁰⁴ e 210 LRMRP²⁰⁵), e, soprattutto, per quanto riguarda i rimedi. Vi è da considerare, infatti, che la LRMRP non è

¹⁹⁹ «La autoridad de emisión podrá emitir, de oficio o a instancia de parte, una orden europea de investigación cuando concurren los siguientes requisitos: [...] b) Que la medida o medidas de investigación solicitadas cuyo reconocimiento y ejecución se pretende se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la orden europea de investigación y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un caso interno similar».

²⁰⁰ «Las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

²⁰¹ «La ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española».

²⁰² «1. La autoridad competente española que reciba la orden europea de investigación, si no aprecia la concurrencia de causa alguna de denegación o suspensión, dictará sin dilación auto o decreto, respectivamente, reconociendo la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente y ordenando su ejecución. [...] La decisión de reconocer y ejecutar la orden europea de investigación o, en su caso, denegar su ejecución deberá ser tomada cuanto antes y, a más tardar, en el plazo de treinta días desde su recepción por la autoridad competente.

4. La autoridad competente española llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación sin demora y, a más tardar, en el plazo de noventa días después de que se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución».

²⁰³ «3. Cuando la medida de investigación solicitada no existiera en Derecho español o no estuviera prevista para un caso interno similar, la autoridad competente española ordenará la ejecución de una medida de investigación distinta a la solicitada, si dicha medida fuera idónea para los fines de la orden solicitada. [...] 5. Cuando la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación no exista en el Derecho nacional o, existiendo, no hubiera podido ser adoptada en un caso interno similar y, además, no exista ninguna otra medida de investigación que pudiera obtener el mismo resultado que la medida de investigación solicitada, la autoridad española competente notificará a la autoridad del Estado de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida».

²⁰⁴ «La autoridad española competente, justificando las razones por las que lo considera conveniente, podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional».

²⁰⁵ «En el caso de que la autoridad de emisión solicite que una o varias autoridades de su Estado participen en la ejecución de la orden europea de investigación, la autoridad competente española accederá a ello siempre que dichas autoridades estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la orden en un caso interno similar de su Estado y que esa participación no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales ni perjudique los intereses esenciales de la seguridad nacional».

limitata al solo OEI, ma comprende tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento europei ed è composta da un Titolo I che riguarda i principi generali e da vari Titoli che sono specificamente dedicati agli strumenti di mutuo riconoscimento citati, ai quali i principi generali devono applicarsi. Tra questi ultimi, in particolare, è presente l'art. 24 LRMRP che prevede che si possano proporre, quando la Spagna è autorità di esecuzione, «*recursos*» analoghi a quelli previsti dalle regole generali del processo penale, con la solita precisazione che i motivi di merito possono essere contestati esclusivamente nello Stato di emissione²⁰⁶. L'art. 13, al contrario, disciplina i «*recursos*» dal lato della procedura attiva, che devono essere gli stessi «*previstos en el ordenamiento jurídico español*».

Il Portogallo, dal canto suo, prevede un'applicazione generalizzata del principio di equivalenza, anch'esso con formulazioni letterali simili – se non addirittura identiche – a quelle della Direttiva, con la sola eccezione dell'esecuzione concelebrata degli OEI. Per quest'ultima, infatti, gli artt. 15²⁰⁷ e 27²⁰⁸ l. 88/2017, che riguardano il Portogallo rispettivamente come autorità attiva e passiva, si limitano a disciplinare gli aspetti tecnico-procedurali della partecipazione dell'autorità di emissione all'esecuzione, senza richiedere la possibilità di partecipazione analogamente a quanto previsto dal diritto interno. Al contrario, con riferimento alle condizioni (art. 11 l. 88/2017²⁰⁹) e all'autorità di emissione (art. 12 l. 88/2017²¹⁰),

²⁰⁶ «1. *Contra las resoluciones dictadas por la autoridad judicial española resolviendo acerca de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo se podrán interponer los recursos que procedan en cada caso conforme a las reglas generales previstas en la ley procesal vigente.*

3. *Los motivos de fondo por los que se haya adoptado la orden o resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión».*

²⁰⁷ «1. *A autoridade de emissão pode solicitar à autoridade de execução que autoridades e agentes do Estado de emissão com competência em matéria de investigação coadjuvem as autoridades de execução.*

2. *As autoridades e agentes presentes no Estado de execução ficam sujeitos à lei desse Estado durante a execução da DEI, sem poderes de execução, salvo se a lei desse Estado o permitir, nos termos em que for acordado entre a autoridade nacional de emissão e a autoridade de execução».*

²⁰⁸ «1. *A autoridade de execução satisfaz o pedido de coadjuvação a que se refere o artigo 15.º desde que não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito nacional, nem prejudique os interesses nacionais essenciais de segurança.*

2. *É obrigatória a presença e direção das autoridades nacionais nos atos e diligências em que participem os agentes do Estado de emissão em território português.* 3 — *A autoridade de execução pode consultar a autoridade de emissão, pelos meios que considerar adequados, para facilitar a aplicação do presente artigo».*

²⁰⁹ «A DEI só pode ser emitida ou validada se estiverem reunidas as seguintes condições: [...] b) *Se a medida ou medidas de investigação solicitadas na DEI pudessem ter sido ordenadas, nas mesmas condições, no âmbito de processos nacionais semelhantes».*

²¹⁰ «É competente para emitir uma DEI a autoridade judiciária nacional com competência para a direção do processo na fase em que ele se encontra».

alle modalità (art. 18 l. 88/2017²¹¹) e ai termini (art. 26 l. 88/2017²¹²) per il riconoscimento, nonché alla possibilità di sostituzione/rifiuto dell'atto richiesto perché "indisponibile" internamente (art. 21, par. 1 e 5, l. 88/2017²¹³), il principio di equivalenza torna ad essere padrone della scena. Lo stesso è, inoltre, chiaramente richiamato in tema di rimedi, dapprima con una formulazione generica che vuole assicurare «*vias de recurso*» equivalenti a quelle previste «*em processos nacionais semelhantes*», con la solita precisazione che i motivi di merito sono contestabili solo nello Stato di emissione, e successivamente prevedendo che si applichino le disposizioni del codice di procedura penale sia quando il Portogallo è Stato di emissione, sia quando è Stato di esecuzione (art. 45 l. 88/2017²¹⁴)²¹⁵.

La Germania, al contrario degli Stati appena analizzati, ha adottato un approccio maggiormente simile a quello italiano e non sembra aver valorizzato compiutamente il principio di equivalenza. Dal punto di vista attivo, l'art. 91j IRG si limita a richiamare la doverosità dell'utilizzo del modello di cui all'allegato A o all'allegato C per la trasmissione all'estero degli OEI, così facendo riferimento indirettamente alla necessità che le misure richieste

²¹¹ «A autoridade de execução reconhece sem formalidades adicionais, nos termos da presente lei, a DEI emitida e transmitida pela autoridade competente de outro Estado membro, e garante a sua execução, com base no princípio do reconhecimento mútuo, nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade nacional, sem prejuízo do disposto nos artigos 22.º e 24.».

²¹² «1. A decisão sobre o reconhecimento a que se refere o artigo 18.º é proferida com a mesma celeridade e prioridade dos processos nacionais semelhantes e, em todo o caso, não ultrapassando o prazo máximo de 30 dias a contar da receção da DEI pela autoridade de execução.

2 Sem prejuízo do disposto do número seguinte, inexistindo motivo de adiamento ou estando os elementos de prova na posse das autoridades nacionais, a DEI é executada no prazo de 90 dias a contar da data da decisão referida no número anterior».

²¹³ «1. Se a medida não existir na lei do Estado de execução ou não for admissível num processo nacional semelhante, a autoridade de execução recorre, sempre que possível, a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI.

5. Se, de acordo com o disposto no n.º 1, a medida de investigação indicada na DEI não existir na lei do Estado de execução ou não for admissível num processo nacional semelhante, e na falta de outra medida de investigação que permita obter o mesmo resultado que a medida de investigação solicitada, a autoridade de execução notifica a autoridade de emissão de que não foi possível a assistência solicitada».

²¹⁴ «1. São asseguradas vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes.

2. Os fundamentos materiais subjacentes à emissão de uma DEI só podem ser impugnados no Estado de emissão.

3. Sendo Portugal o Estado de emissão, o recurso da decisão judicial que ordena a medida de investigação e, conseqüentemente, a emissão da DEI, rege -se, quanto à admissibilidade e regime, pelo disposto no Código de Processo Penal.

4. Sendo Portugal o Estado de execução é admissível recurso perante os tribunais portugueses de decisões judiciais relativas às formalidades e procedimentos de execução da medida de investigação, nos termos previstos no Código de Processo Penal quanto à admissibilidade e regime».

²¹⁵ In termini v. M.J. COSTA-P. CAEIRO, *Country Report "Portugal"*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 130

avrebbero potuto essere adottate in un caso interno analogo²¹⁶; nulla è specificato, invece, in merito all'equivalenza dell'autorità di emissione (vengono infatti dettati solo alcuni criteri integrativi) e dell'esecuzione concelebrata degli OEI. Il principio di equivalenza torna ad essere in parte protagonista quando la Germania è autorità di esecuzione, in quanto alcune disposizioni in tema di modalità di esecuzione (art. 91h IRG²¹⁷) – ma ciò non vale per i termini (art. 91g IRG²¹⁸) –, nonché di sostituzione/rifiuto per “indisponibilità interna” sono simili a quanto previsto dalla Direttiva (art. 91f, par. 2 e 5, IRG²¹⁹). Il principio di equivalenza viene nuovamente oscurato in relazione alla delicata tematica dei rimedi, in quanto l'art. 91i IRG²²⁰ prevede che l'*Oberlandesgericht* (letteralmente il Tribunale Regionale Superiore) possa essere chiamato a decidere qualora il *Gericht* (il Tribunale territoriale) ritenga insussistenti i requisiti per riconoscere l'ordine, o su istanza del pubblico o di parte, ma, in quest'ultimo caso, limitatamente a determinate ipotesi espressamente previste dall'art. 66 IRG.

Si può notare come quasi tutti gli Stati analizzati abbiano implementato nell'ordinamento interno il principio di equivalenza in modo molto più incisivo rispetto a quanto fatto dall'Italia, che l'ha trasposto limitatamente alla possibilità di sostituzione dell'atto qualora lo stesso non esista o non sia disponibile in un caso interno analogo. Solo la Germania, con

²¹⁶ «1. Für ausgehende Ersuchen ist das in Anhang A oder in Anhang C der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebene Formblatt in der jeweils gültigen Fassung zu verwenden».

²¹⁷ «Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre».

²¹⁸ «1. Über die Bewilligung der Rechtshilfe soll unverzüglich, spätestens aber 30 Tage nach Eingang des Ersuchens bei der zuständigen Stelle entschieden werden. Über die Bewilligung von Ersuchen um eine Sicherstellung von Beweismitteln soll unverzüglich und soweit möglich innerhalb von 24 Stunden nach Eingang des Ersuchens entschieden werden.

2. Wenn kein Grund für einen Aufschub nach § 91e Absatz 2 vorliegt oder die Beweismittel, um die ersucht wird, sich nicht bereits im behördlichen Besitz befinden, soll die Ermittlungsmaßnahme unverzüglich, spätestens aber 90 Tage nach Bewilligung durchgeführt werden».

²¹⁹ «2. Auf eine andere als die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebene Ermittlungsmaßnahme ist zurückzugreifen, wenn die angegebene Ermittlungsmaßnahme 1. im deutschen Recht nicht vorgesehen ist oder 2. in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde.

5. Gibt es im Fall von Absatz 2 keine andere Ermittlungsmaßnahme, mit der das gleiche Ergebnis erzielt werden kann wie mit der im Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebenen Ermittlungsmaßnahme, ist der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich mitzuteilen, dass es nicht möglich war, die erbetene Unterstützung zu leisten. § 91b Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend».

²²⁰ «Erfolgt eine Vorlage nach § 61 Absatz 1 Satz 1 oder wird ein Antrag nach § 61 Absatz 1 Satz 2 gestellt, überprüft das Oberlandesgericht auf Antrag auch Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 und nach § 91f Absatz 1 und 2. Wenn Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 ermessensfehlerhaft sind, stellt das Gericht dies fest, hebt die Entscheidungen insoweit auf und reicht die Akten zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zurück; andernfalls stellt das Gericht fest, dass die Entscheidungen ermessensfehlerfrei sind».

disposizioni molto concise, similmente all'Italia, ha limitato le disposizioni che garantiscono un parallelismo tra atti nazionali e atti europei. Al contrario, gli altri Stati, pur con formulazioni letterali differenti e con alcune minime asimmetrie, hanno valorizzato nel miglior modo possibile il principio di equivalenza, in particolar modo in tema di rimedi. È quest'ultima, infatti, la materia che richiede una maggiore sensibilità e un più elevato grado di attenzione da parte dell'interprete, dal momento che viene in gioco la tutela (*ex post*) dei diritti fondamentali²²¹. E su questo punto le soluzioni adottate da Francia, Spagna e Portogallo, che genericamente prevedono la possibilità di azionare rimedi analoghi a quelli previsti per un caso interno analogo, avvalorano l'idea di una necessaria riforma del d.lgs. n. 108 del 2017 prima ipotizzata e potrebbero, anzi dovrebbero, essere prese ad esempio dal legislatore italiano per risolvere le aporie interpretative che già si sono verificate e che, sempre di più, verranno poste all'attenzione della giurisprudenza.

6. Il principio di specialità

Il principio di specialità, che è considerato per alcuni un diritto²²² e per altri anche una garanzia contro le persecuzioni politiche²²³, è un caposaldo degli strumenti di mutua assistenza in tema di estradizione e di (alcuni di) quelli di mutuo riconoscimento che riguardano la privazione della libertà personale²²⁴. In estrema sintesi, si può definire come quel

²²¹ È pur vero che anche gli altri aspetti evidenziati possono comportare, in qualche maniera, la citata violazione dei diritti, ma è difficile immaginare – per quanto riguarda l'ordinamento italiano – che un pubblico ministero, ad esempio, adotti un atto che non è di sua competenza o che partecipi all'esecuzione concelebrata all'estero di un OEI qualora non autorizzato dalla normativa interna.

²²² L. KLIMEK, *Mutual recognition*, op. cit., p. 128: «*the rule of speciality may be known also as right of the person, but in general it is considered as principle*».

²²³ M. BÖSE-M. BRÖCKER, *Country Report „Germany”*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 130. Gli Autori evidenziano altresì, a p. 133, che «*the principle of speciality forms part of the rule of law*».

Vi è, altresì, chi ritiene che «*the principle of speciality (§ 23 ARHG) can also be qualified as a limitation to international cooperation, which takes the foreign legal situation/law into account*» (N.M. SCHALLMOSER, *Country Report “Austria”*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 33).

²²⁴ V. per tutti M.R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Cedam, 1990; M. CAIANIELLO, *Il principio di specialità*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, pp. 213 ss. Vedi anche J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule in cross-border evidence gathering and in the European Investigation Order-let's clear the air*, in *ERA Forum*, 2019, p. 489: «*the speciality rule may be considered as one of the traditional principles of international cooperation, alongside the principles of sovereignty, trust, double criminality, reciprocity, ne bis in idem and confidentiality. Within the EU we can add mutual recognition as the most important in judicial cooperation in criminal matters*».

CAPITOLO II

principio che impedisce a uno Stato, al quale una persona privata della libertà personale è stata consegnata, di sottoporre quest'ultima ad ulteriori restrizioni della libertà per fatti antecedenti alla consegna, salvo che la stessa vi acconsenta o rimanga nel territorio dello Stato nonostante abbia avuto la possibilità di allontanarsi. Nel diritto unionale, lo si può rinvenire, anche se con ampie deroghe, in due fondamentali decisioni quadro: nell'art. 27 DQ 2002/584/GAI in tema di MAE e nell'art. 18 DQ 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

Il principio di specialità in materia probatoria²²⁵ ha fatto il suo ingresso già con l'art. 12 Convenzione di Strasburgo del 1959, ma limitatamente a questioni concernenti la libertà personale dell'individuo. L'art. 12 della Convenzione di Strasburgo (richiamato anche dall'art. 9 della Convenzione di Bruxelles) stabilisce, infatti, che nessun soggetto, citato a comparire davanti all'autorità dello Stato richiedente, può essere privato della libertà personale «per fatti o condanne anteriori alla sua partenza dal territorio della parte richiesta e non indicati nella citazione».

L'evoluzione normativa e la sensibilità verso il principio di specialità hanno condotto, con la Convenzione di Bruxelles e il secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959, ad una sua applicazione anche in relazione a situazioni in cui non viene in gioco la libertà personale dei soggetti. L'art. 23 della Convenzione di Bruxelles (omologo per certi versi dell'art. 26 secondo protocollo addizionale), infatti, prevede che i dati personali trasmessi dallo Stato richiesto a quello richiedente possono essere utilizzati da quest'ultimo solo al verificarsi di tre stringenti presupposti espressamente elencati dal citato art. 23, il primo dei quali rappresenta chiaramente il principio di specialità: 1) il procedimento deve essere quello per il quale gli atti sono stati richiesti o un procedimento giudiziario o amministrativo direttamente connesso con lo stesso; 2) vi è la necessità di prevenire un pericolo grave e immediato per la sicurezza pubblica; 3) vi è la previa autorizzazione dello Stato richiesto.

Se il principio di specialità sembrava essere stato un dato acquisito nel panorama legislativo sovranazionale a livello europeo, la Direttiva 2014/41/UE ha rimesso in discussione tali certezze. Nel corso di numerosi incontri volti a discutere degli aspetti problematici

²²⁵ Su cui v. *amplius* D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, pp. 131 ss.

dell'OEI, gli Stati membri non hanno trovato una convergenza circa la riconducibilità del principio in questione alla Direttiva 2014/41/UE. Non essendovi una disposizione espressa che lo prevede²²⁶ (con la sola eccezione dell'art. 22 relativo al trasferimento temporaneo di persone detenute) e non essendo menzionato nell'*explanatory memorandum*, vi è chi ha ritenuto (e ritiene) che sia rinvenibile nell'art. 19 dedicato alla riservatezza; altri sostengono che derivi dall'art. 20 riguardante la protezione dei dati personali²²⁷; secondo l'opinione prevalente, invece, la prova ottenuta diventa di proprietà dell'autorità di emissione che può liberamente disporne e, dunque, il principio di specialità non opererebbe²²⁸.

Per fugare ogni problema pratico, Eurojust e la Rete Giudiziaria Europea, animati da un principio di massima precauzione, suggeriscono di richiedere l'autorizzazione allo Stato di esecuzione prima di utilizzare la prova trasmessa allo Stato di emissione per scopi diversi da quello per il quale la prova è stata in origine trasmessa²²⁹. Ciononostante, vi è comunque da chiedersi se, da un punto di vista più dogmatico che pratico, il principio di specialità possa trovare spazio nella Direttiva.

Innanzitutto, non vi è alcun dubbio che il principio di specialità operi in relazione al trasferimento temporaneo di persone detenute nello Stato di emissione o di esecuzione ai fini di un atto di indagine. In tal senso depone espressamente l'art. 22, par. 8, richiamato anche dal successivo art. 23, il quale vieta di perseguire, detenere o sottoporre a qualsiasi altra restrizione della libertà personale nello Stato di emissione una persona per «fatti commessi o condanne pronunciate prima della sua partenza dal territorio dello Stato di esecuzione e non indicati nell'OEI», salvo che la stessa, dopo essere stata liberata (perché così richiesto dallo Stato di esecuzione, per esempio per fine pena) sia rimasta nel territorio dello Stato o vi sia tornata dopo averlo lasciato²³⁰.

Il principio di specialità, per mezzo di un'articolata esegesi, può essere rinvenuto nell'art. 32 relativo ai provvedimenti provvisori che, nell'ordinamento interno, sono

²²⁶ Così anche J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule*, op. cit., p. 492.

²²⁷ V. anche A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung*, op. cit., p. 19.

²²⁸ Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions of Plenary meetings of the EJM concerning the practical application of the EIO*, 15210/17., 08 dicembre 2017, p. 9; Consiglio dell'Unione europea, *Presentation by the European Judicial Network (EJM) - EJM Conclusions 2018 on the European Investigation Order*, 14755/18, 07 dicembre 2018, p. 5; Eurojust, *Eurojust meeting on the European investigation order*, 2018, p. 11; Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, 2020, p. 31.

²²⁹ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, giugno 2019, p. 14.

²³⁰ Non operano, invece, tutte le altre numerose deroghe previste dall'art. 18 DQ 2008/909/GAI e dall'art. 27 DQ 2002/584/GAI.

qualificabili alla stregua del sequestro probatorio. In tal caso, infatti, all'autorità di esecuzione è concessa la facoltà di poter domandare allo Stato di emissione la revoca del provvedimento provvisorio, qualora il diritto nazionale dello Stato di esecuzione consentano «di limitare la durata di validità del provvedimento provvisorio». Se, dunque, in ogni momento l'autorità di esecuzione può domandare all'autorità di emissione la revoca del provvedimento provvisorio, la prova trasferita a quest'ultima non può che rimanere nella disponibilità della stessa e non può essere utilizzata (e pertanto trasferita) in altri procedimenti; in caso contrario, l'art. 32 verrebbe privato di significato, dal momento che l'autorità di esecuzione domanderebbe la restituzione a un'autorità di emissione che è sprovvista dell'oggetto che dovrebbe tornare nello Stato d'origine dello stesso.

Non scontata, come visto, è la soluzione per i restanti atti di indagine, per i quali il principio di specialità non è espressamente richiamato e pertanto non dovrebbe operare, ma non sono mancate interpretazioni di segno diametralmente opposto.

Un primo, pur recessivo, filone esegetico ritiene che l'art. 23 Convenzione di Bruxelles (dal quale si ricava il principio di specialità) sia stato sostituito, ma non derogato, dall'art. 20 Direttiva 2014/41/UE e, pertanto, dovrebbe continuare a trovare applicazione²³¹. Di contrario avviso chi ritiene, più condivisibilmente (non si capisce come una disposizione sostituita possa non essere derogata), che l'art. 20 Direttiva 2014/41/UE, il quale stabilisce che i dati personali debbano essere trattati in conformità con la Direttiva 2016/680/UE²³², trovi piena applicazione²³³. Si deve considerare, infatti, che la Direttiva 2016/680/UE detta una disciplina dettagliata relativa alla tutela dei dati personali operante nell'intero territorio dell'Unione e per tutte le autorità competenti ai fini di «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati»; proprio in virtù della sua applicazione generalizzata è stata avanzata una proposta di Direttiva che abroga l'art. 20 Direttiva 2014/41/UE «per garantire una protezione dei dati personali coerente ed efficace» (considerando 2)²³⁴. Tale proposta non può che confermare

²³¹ Sul punto v. L. BACHMAIER WINTER, *Best practices for EUROpean COORDination on investigative measure and evidence gathering*, 11 marzo 2019, p. 117.

²³² Si è visto come l'art. 20 faccia riferimento alla DQ 2008/977/GAI, ma la stessa è stata sostituita dalla Direttiva 2016/680/UE e ogni riferimento ad essa deve essere inteso oggi come effettuato alla nuova Direttiva.

²³³ Anche questa interpretazione è riportata da L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 118.

²³⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2014/41/UE per quanto riguarda l'allineamento alle norme dell'UE in materia di protezione dei dati personali, COM(2021) 21 final, 2021/0009 (COD), 20 gennaio 2021.

la tesi della inapplicabilità dell'art. 23 Convenzione di Bruxelles nell'ambito degli OEI. Se, infatti, l'Unione si è dotata di uno strumento volto ad armonizzare il quadro legislativo all'interno della Piccola Europa riguardante la riservatezza nei procedimenti penali *lato sensu* intesi, il cui ambito applicativo è perfettamente sovrapponibile a quello dell'art. 23 Convenzione di Bruxelles, deve indirettamente ritenersi che quest'ultima norma possa trovare applicazione solo in relazione gli Stati non vincolati dalla Direttiva 2016/680/UE e dalla Direttiva 2014/41/UE.

La Direttiva 2016/680/UE non assicura il rispetto del principio di specialità nei rapporti tra Stati membri dell'Unione; al contrario, sottolinea che «la libera circolazione dei dati personali tra le autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali, inclusi la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, all'interno dell'Unione [...] dovrebbe essere agevolata garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali» (considerando 4). Il citato principio non è rimasto privo di una corrispondente disposizione precettiva, in quanto l'art. 4, par. 2, Direttiva 2016/680/UE permette il trattamento di dati per finalità diverse da quelle per cui erano stati acquisiti, e quindi non osta al trasferimento degli stessi, a condizione che venga rispettato il diritto dell'Unione o dello Stato membro e che il trattamento sia necessario e proporzionato; con la precisazione, in ogni caso, che le diverse finalità devono riguardare «fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica» (art. 1, par. 1, Direttiva 2016/680/UE). Il principio di specialità, invece, è garantito nella Direttiva 2016/680/UE in relazione ai rapporti tra Stati membri con Stati terzi o organizzazioni internazionali, in quanto l'art. 35, par. 1, lett. c), prevede, come condizione imprescindibile per la trasmissione, che «qualora i dati personali siano trasmessi o resi disponibili da un altro Stato membro, tale Stato membro ha fornito la propria autorizzazione preliminare al trasferimento conformemente al proprio diritto nazionale»²³⁵. Se, dunque, in quest'ultimo caso la Direttiva 2016/680/UE ha richiesto il previo assenso dello Stato membro che ha fornito i dati, ma lo stesso requisito non è stato previsto per i rapporti infra-europei, alla luce dei generali canoni interpretativi deve ritenersi che il principio di specialità non operi all'interno dell'Unione in materia probatoria (anche se,

²³⁵ Analogamente il considerando 65: «qualora i dati personali siano trasferiti da uno Stato membro a paesi terzi o a organizzazioni internazionali, tale trasferimento dovrebbe avvenire, in linea di principio, unicamente dopo che lo Stato membro presso cui sono stati ottenuti i dati ha autorizzato il trasferimento».

bisogna ammetterlo, i dati personali non necessariamente costituiscono delle prove).

Negli incontri della Rete Giudiziaria Europea, come sopra evidenziato, alcuni Stati hanno sostenuto che il principio di specialità possa desumersi da un'esegesi estensiva dell'art. 19 Direttiva 2014/41/UE dedicato alla riservatezza. A ben vedere, in realtà, le finalità dell'art. 19 sono diverse dalla tutela dei dati e della riservatezza di indagati e imputati. La riservatezza che viene in gioco è, infatti, quella dell'indagine, così come dimostrato anche dall'art. 14 che, in tema di rimedi, prevede che le autorità di esecuzione e di emissione adottino le misure adeguate a far conoscere all'interessato i mezzi di impugnazione, laddove ciò «non comprometta la riservatezza di un'indagine ai sensi dell'art. 19, paragrafo 1». In altre parole, l'«*Art. 19 DEIO [Directive on European Investigation Order] aims at ensuring that the competent authorities can carry put effective investigations*»²³⁶. Non si può, dunque, far discendere il principio di specialità dalla disposizione in esame²³⁷.

La non applicazione del principio *de quo* è poi confermata dall'art. 13 Direttiva 2014/41/UE che detta una disciplina specifica per il trasferimento delle prove dallo Stato di esecuzione a quello di emissione. In particolare, il paragrafo 3 consente all'autorità di esecuzione di chiedere la restituzione delle prove trasmesse «non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione», ossia quando hanno «svolto il loro compito». *A contrario*, si può desumere che quest'ultimo possa trattenere le prove trasmesse ed utilizzarle liberamente, in quanto non vi sono nella Direttiva disposizioni che limitino l'utilizzabilità delle stesse una volta giunte nello Stato di emissione. Alle medesime conclusioni si può giungere nell'analisi del paragrafo 4 dell'art. 13, il quale prevede che, «ove gli oggetti, i documenti e i dati in questione siano pertinenti anche per altri procedimento» nello Stato di esecuzione, quest'ultimo possa trasferire temporaneamente all'autorità di emissione e concordare con la stessa una sorta di *pactum de retroemendo*: la prova deve essere ritrasferita nello Stato di esecuzione «non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione o in qualsiasi altro momento o occasione concordati tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione».

In conclusione, alla luce dell'impostazione sistematica della Direttiva e delle disposizioni in essa contenute, la scelta del legislatore europeo sembra essere stata chiara e ponderata²³⁸

²³⁶ L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 121.

²³⁷ In termini analoghi J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule*, op. cit., p. 494.

²³⁸ «*In the Directive, there are no provisions dealing in particular with the rule of speciality. However, in principle the approach is that the rule of speciality is typical for extradition cases and only applies to mutual legal assistance where the respective instrument contains provisions concerning the further use of provided evidence. In the absence of specific provisions, the rule of speciality applies only if expressly stated as a*

nel non prevedere una generalizzata applicazione del principio di specialità²³⁹, poiché ove si voleva che lo stesso operasse non si è mancato di specificarlo con gli artt. 22, 23 e 32 (*ubi lex dixit voluit, ubi noluit tacuit*)²⁴⁰; un principio di tale importanza non può essere presunto²⁴¹ e, diversamente ragionando, si violerebbe il principio di legalità²⁴². Una simile conclusione è avvalorata anche dagli altri principi che sorreggono l'OEI, ossia il mutuo riconoscimento, la fiducia reciproca e la libera circolazione della prova: imporre una previa autorizzazione per l'utilizzo della prova in un altro procedimento crea un clima di «*mistrust*»²⁴³ che certamente non si adatta ai principi appena enunciati.

Come si è detto, l'opzione adottata dalla Direttiva sembra essere stata il frutto di un ragionamento ponderato, basato sul tipo di prova da assumere. Non si può non notare, infatti, come il trasferimento di una persona detenuta, oltre a comportare la restrizione di un diritto fondamentale se processata o detenuta per altra causa diversa da quella per cui è stata consegnata, presenti una natura non fungibile, così come la non fungibilità caratterizza un provvedimento di sequestro probatorio che cade su una *res* determinata e rimane nella disponibilità dell'autorità giudiziaria (in Italia o nel fascicolo processuale o, se voluminosa, presso un apposito ufficio corpi di reato). Al contrario, per ciò che riguarda tutte le altre prove o elementi di prova (testimonianze, perizie, sommarie informazioni, documenti, conti bancari, indirizzi IP ecc.) possono essere estratte copia ad opera delle parti processuali, le quali, di conseguenza, possono utilizzarle, ove consentito dalla normativa interna, in altri

condition in the responding note of the executing authority)» (Consiglio dell'Unione europea, *Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters - Rule of speciality – Paper by the Presidency*, 14750/18, 27 novembre 2018, p. 2).

²³⁹ L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation of Tax Offences in the EU: Scope of Application and Ground for Refusal of the European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 54.

²⁴⁰ «*It is unlikely that the European legislator—expressly applying the principle of speciality in international criminal cooperation relations between the EU and third states, and knowing that several Member States have concerns at this level, internally and at the level of reservations in treaties and conventions—was not aware of this principle*» (J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule*, op. cit., 496).

²⁴¹ Una simile conclusione è avvalorata dall'art. 1, par. 10, DQ 2002/465/GAI relativa alle squadre investigative comuni, il quale espressamente prevede il principio di specialità. Se, dunque, il legislatore del 2002 ha espressamente disciplinato il principio di specialità e quello del 2014 non ha agito in tal senso, non si può che concludere che quest'ultimo abbia volutamente omissso una tale previsione.

²⁴² J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule*, op. cit., p. 501 s.

²⁴³ J. BARBOSA E SILVA, *The speciality rule*, op. cit., p. 496. Lo stesso Autore, a p. 497, non ha mancato di sottolineare come la necessaria presenza di specifici atti di indagine negli ordinamenti nazionali, così come previsto dall'art. 10 par. 2, Direttiva 2014/41/UE, depone a favore dell'assenza del principio di specialità, in quanto «*in a pragmatic and procedural economy perspective, it is all the same whether the source of that investigative measure is either the executing authority or the issuing authority, upon receiving that evidence. In conclusion, the admissibility of evidence can generally be called into question only insofar as there are national rules in the State of the issuing authority*».

procedimenti giudiziari. È impossibile, di conseguenza, prevenire la circolazione dei citati documenti e, ove si fosse inteso raggiungere tale risultato, avrebbe dovuto essere prevista dalla Direttiva una *exclusionary rule* specificamente dedicata. La scelta del legislatore europeo è stata tuttavia differente, in quanto ha rimesso alle legislazioni nazionali la scelta in merito.

6.1. Il principio di specialità nell'ordinamento interno...

È stato in precedenza evidenziato come i punti di frizione tra la normativa italiana e quella europea relativi al principio di proporzionalità e di equivalenza siano numerosi. In merito al principio di specialità, al contrario, l'Italia ha scelto di seguire l'impostazione sistematica della Direttiva e di non prevedere una sua applicazione generalizzata, limitandone l'ambito applicativo a determinati atti di indagine.

Più nello specifico, nel d.lgs. n. 108 del 2017 non sono presenti norme analoghe agli artt. 26 e 32 della l. 22 aprile 2005, n. 69, di recepimento della DQ 2002/584/GAI, che prevedono rispettivamente il principio di specialità in tutte le fasi della procedura passiva e nella procedura attiva di consegna di un detenuto. Al contrario, il principio di specialità nella legge di recepimento della Direttiva 2014/41/UE può essere rinvenuto negli artt. 16, comma 6, 17, comma 3, 37, comma 3, e 38, comma 2, che non sono dedicati al coacervo tutti gli atti di indagine potenzialmente adottabili, bensì solamente al trasferimento temporaneo di persone detenute a fini investigativi. La formulazione letterale delle citate norme è parzialmente in linea con le omologhe disposizioni della Direttiva 2014/41/UE e stabilisce che «la persona detenuta o internata temporaneamente trasferita non può essere sottoposta a restrizione della libertà personale in esecuzione di una pena o misura di sicurezza né assoggettata ad altra misura restrittiva della libertà personale per un fatto anteriore e diverso da quello per il quale il trasferimento temporaneo è stato disposto, salvo che la persona, avendone avuta la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni da quando la sua presenza non era più richiesta ovvero che, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno». Come si può notare da un raffronto tra la citata disposizione e l'art. 22, par. 8, Direttiva 2014/41/UE, la norma italiana ha avuto il pregio di specificare che il principio di specialità si applica tanto ai detenuti quanto agli internati, ma al contempo non ha trasposto una parte fondamentale dell'art. 22, par. 8, Direttiva 2014/41/UE: il divieto di perseguire l'interessato per fatti precedenti al suo trasferimento. Tale omissione del

legislatore italiano, se pur quantitativamente minima, è qualitativamente rilevante, anche in considerazione del fatto che la normativa unionale impone l'applicazione del principio di specialità, non limitandosi a consentire la possibilità della sua trasposizione: la formulazione letterale utilizza un verbo al presente («la persona trasferita non è perseguita») denota un obbligo. L'apparente «svista» del legislatore nazionale non può che essere corretta tramite un'interpretazione che sia in linea con la primazia del diritto dell'Unione e, visto il tenore letterale della norma, certamente chiaro, preciso e non condizionato, l'art. 22, par. 8, può trovare applicazione diretta nell'ordinamento interno.

In definitiva, dunque, non essendo previsto il principio di specialità, se non per le ipotesi appena menzionate, le prove assunte per mezzo di un OEI possono liberamente circolare nel rispetto delle disposizioni del codice di rito e delle leggi speciali che lo consentono.

6.2. ... e in altri ordinamenti

La Francia ha agito similmente all'Italia e non ha previsto un'applicazione generalizzata del principio di specialità, circoscrivendone la portata ai soli casi di trasferimento temporaneo di persone detenute. Più nel dettaglio, la norma di riferimento è l'art. 694-26 CPPF²⁴⁴, per quanto riguarda la procedura attiva, richiamato dall'art. 694-44 CPPF²⁴⁵ per ciò che concerne la procedura passiva. A differenza dell'Italia, però, la Francia ha operato in modo più «compliant» con la Direttiva, avendo la stessa previsto l'applicazione del principio di specialità non solo per le misure restrittive della libertà personale, bensì anche per l'avvio di procedimenti penali (le «*poursuite[s]*»).

La Germania, dal canto suo, ha adottato una politica di trasposizione simile a quella francese e italiana, pur utilizzando una tecnica in parte diversa. L'art. 91c, par. 3, IRG²⁴⁶ effettua

²⁴⁴ «2. Elle ne peut être soumise à aucune poursuite ni aucune mesure restrictive ou privative de liberté pour des faits commis ou des condamnations prononcées avant son départ du territoire de l'Etat d'exécution et qui ne sont pas mentionnés dans la décision d'enquête européenne.

3. Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont toutefois pas applicables lorsque la personne a été libérée et qu'elle est demeurée ou revenue sur le territoire national pendant au moins quinze jours après que sa présence a été requise».

²⁴⁵ «Les dispositions de l'article 694-26 sont applicables au transfèrement d'une personne détenue dans l'Etat d'émission aux fins d'exécution d'une décision d'enquête émise par un Etat membre et nécessitant sa présence sur le territoire national».

²⁴⁶ «3. § 62 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die vorübergehende Überstellung auch zu anderen als den dort genannten Ermittlungsmaßnahmen erfolgen kann. § 62 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, auch in Verbindung mit § 63 Absatz 4, findet keine Anwendung, wenn die betroffene Person in den räumlichen Geltungsbereich des ersuchenden Mitgliedstaates oder dieses Gesetzes überstellt wurde und diesen Geltungsbereich innerhalb von 15 aufeinander folgenden Tagen, nachdem ihre Anwesenheit von den dort jeweils zuständigen Stellen

un rinvio all'art. 62, par. 1, n. 3, IRG²⁴⁷, il quale sancisce il principio di specialità e prevede che una persona non sarà *bestraft* (punita) o *einer sonstigen Sanktion unterworfen oder durch Maßnahmen* (sottoposta ad altra sanzione o misura). L'art. 91c, par. 3, IRG, inoltre, integra il disposto dell'art. 62, par. 1, n. 3, IRG e detta le due deroghe al principio di specialità previste dalla Direttiva, consentendo così di procedere contro il soggetto consegnato, o limitarne la libertà personale, se lo stesso non ha lasciato il territorio nazionale entro quindici giorni dalla liberazione o, pur essendosi allontanato, vi ha fatto rientro.

Il Portogallo ha seguito una linea “neutra” e si è astenuto dal dettare, all'interno della l. 88/2017, qualsivoglia disposizione relativa al principio di specialità, sia da un punto di vista generale sia dal punto di vista specifico della consegna temporanea di detenuti.

Diametralmente opposta, al contrario, la scelta operata dai legislatori di Lussemburgo e Spagna, i quali hanno positivizzato il principio di specialità (anche) per tutti gli atti di indagine richiesti tramite un OEI. Una scelta, questa, che oltre creare un potenziale rischio di scompensi applicativi tra i vari Stati membri, sembra non allinearsi completamente all'impostazione sistematica della Direttiva e alla *ratio* sottesa alla stessa.

Più nello specifico, in Lussemburgo l'art. 30 (richiamato dall'art. 31²⁴⁸) l. 1° agosto 2018 non si discosta da quanto già stabilito da Italia, Francia e Germania e prevede che *«une personne transférée n'est ni poursuivie, ni détenue, ni soumise à aucune autre restriction de sa liberté individuelle dans l'État d'émission pour des faits commis ou des condamnations prononcées avant son départ du territoire de l'État d'exécution et qui ne sont pas précisés dans la décision d'enquête européenne»*, salvo che la stessa non abbia lasciato il territorio entro quindici giorni dalla liberazione o vi abbia fatto ritorno. Come anticipato, tuttavia, il Lussemburgo non si è limitato ad allinearsi alla Direttiva per mezzo degli artt. 30

nicht mehr verlangt wird, nicht verlassen hat, obwohl sie dazu die Möglichkeit hatte, oder nach Verlassen in ihn zurückgekehrt ist».

²⁴⁷ *«Wer sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes in Untersuchungs- oder Strafhaft befindet oder auf Grund der Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung untergebracht ist, kann an einen ausländischen Staat auf Ersuchen einer zuständigen Stelle dieses Staates für ein dort anhängiges Verfahren als Zeuge zur Vernehmung, zur Gegenüberstellung oder zur Einnahme eines Augenscheins vorübergehend überstellt werden, wenn: gewährleistet ist, daß der Betroffene während der Zeit seiner Überstellung nicht bestraft, einer sonstigen Sanktion unterworfen oder durch Maßnahmen, die nicht auch in seiner Abwesenheit getroffen werden können, verfolgt werden wird und daß er im Fall seiner Freilassung den ersuchenden Staat verlassen darf».*

²⁴⁸ *«Le paragraphe 2, point 1, et les paragraphes 3 à 9 de l'article 30 s'appliquent également au transfèrement temporaire au titre du présent article».*

e 31 citati, ma si è spinto oltre, richiedendo con l'art. 29 l. 1° agosto 2018²⁴⁹ che lo Stato d'emissione, prima di poter utilizzare la prova nell'ambito di un'altra indagine o di un altro procedimento penale debba ottenere «l'accord» del *procureur général d'État* o dell'autorità giudiziaria competente, il quale può essere rifiutato solo in presenza dei motivi di rifiuto espressamente elencati in altri articoli della l. 1° agosto 2018 (artt. 15, 23 e 24); l'accordo tra autorità di emissione e di esecuzione è imprescindibile, salvo che l'interessato vi consenta o via sia un pericolo «*immédiat et sérieux*» per la sicurezza pubblica. Si può, dunque, notare come il Lussemburgo abbia in qualche modo “temperato” il requisito del consenso del procuratore o del giudice, ancorandolo a dati normativi precisi e non lasciandolo in balia della totale discrezionalità delle autorità coinvolte. In ogni caso, l'art. 29 sembra avere più un significato politico che una valenza strettamente giuridica, in quanto la prova trasmessa allo Stato di emissione, in accordo con la Direttiva, diventa di proprietà di quest'ultimo e una norma straniera non può trovare applicazione sul territorio di un altro Stato membro. In altre parole, l'autorità di emissione, verosimilmente, da un punto di vista giuridico e secondo le proprie disposizioni interne potrebbe utilizzare la prova anche in altre indagini o in altri processi, esponendo però lo Stato a “reprimende” sul versante politico. Se, dunque, una prova trasmessa dal Lussemburgo in Italia è fondamentale tanto nel processo per cui è stata chiesta, quanto per un altro allo stesso collegato (vuoi per un collegamento investigativo *ex art. 371*, comma 2, lett. b), c.p.p. o per una connessione di procedimenti *ex art. 12* c.p.p.), l'autorità giudiziaria potrà trasmetterla ad altra autorità che la potrà utilizzare anche senza il consenso lussemburghese. In una simile eventualità, gli unici possibili riflessi della decisione assunta si dispiegheranno, presumibilmente, in ambito diplomatico.

In Spagna il principio di specialità è disegnato tanto nell'art. 195 LRM RP²⁵⁰, che

²⁴⁹ «*Sauf en cas de consentement de la personne concernée ou en cas de danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique, l'État d'émission ne peut utiliser les objets, documents ou informations obtenus par voie de décision d'enquête européenne aux fins d'investigation ou aux fins de leur production comme moyens de preuve dans une procédure visée à l'article 3 autre que celle pour laquelle la décision d'enquête européenne a été exécutée, qu'avec l'accord du procureur général d'État si les objets, documents ou informations ont été obtenus en exécution d'une décision d'enquête européenne visée à l'article 21, sinon de l'autorité judiciaire visée à l'article 10. Cette demande ne peut être refusée que pour un des motifs mentionnés, selon le cas, aux articles 15, 23 ou 24. Avant de refuser, en tout ou en partie, une demande, l'autorité judiciaire luxembourgeoise consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié.*»

²⁵⁰ «*4. La persona trasladada no será perseguida o detenida o sometida a cualquier otra restricción de su libertad personal en España por actos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado de ejecución y que no estuvieran especificados en la orden europea de investigación. No obstante, esta inmunidad quedará sin efecto cuando la persona trasladada, habiendo tenido la oportunidad de regresar, haya permanecido en territorio español durante los quince días siguientes desde la fecha en que su presencia ya no fuera exigida por la autoridad española competente o haya regresado en caso de haberlo abandonado.*»

disciplina il trasferimento temporaneo di persone detenute, quanto nell'art. 193 LRMRP²⁵¹, il quale, secondo la dottrina maggioritaria²⁵², ne disegna i contorni applicativi riferibili a ogni atto di indagine, ma limitatamente al caso in cui la Spagna riveste i panni dello Stato di emissione. Più nel dettaglio, l'art. 193 LRMRP consente l'utilizzo, in Spagna, dei dati e delle prove raccolte in tre diverse situazioni: per lo svolgimento del procedimento per il quale l'OEI era stato emesso; per lo svolgimento di procedimenti «*relacionados de manera directa*» con quello per cui l'OEI era stato emesso; per prevenire una minaccia immediata e grave per la sicurezza pubblica. In tutti gli altri casi, ai fini della circolazione dei dati e della prova, è necessario chiedere il previo consenso dell'autorità di esecuzione. Si può notare come, a differenza del Lussemburgo, la Spagna abbia effettuato una scelta per certi versi più conservativa e, soprattutto, più percorribile rispetto a quella adottata dal Gran Ducato. La prima, infatti, si è "limitata" a imporre alle proprie autorità nazionali di richiedere il consenso all'autorità di esecuzione prima del trasferimento della prova, con conseguenti eventuali problemi di inutilizzabilità nazionali; il secondo, al contrario, ha voluto fornire efficacia "paneuropea" alla propria normativa interna, dal momento che obbliga (*rectius*: vorrebbe obbligare) gli Stati membri di emissione a richiedere allo stesso l'assenso al trasferimento.

In conclusione, si può evidenziare come, in questa materia, l'Italia abbia complessivamente trasposto correttamente la Direttiva 2014/41/UE, pur omettendo (a differenza di Francia e Germania) di contemplare in relazione al principio di specialità l'impossibilità di perseguire una persona per fatti antecedenti alla consegna; nonostante tale "dimenticanza" (che può comunque essere emendata tramite l'applicazione diretta della Direttiva), il bilancio non può che essere positivo. Maggiori dubbi, invece, suscitano le discipline nazionali di Spagna e, soprattutto, del Lussemburgo, dal momento che rischiano di circoscrivere eccessivamente gli obiettivi della circolazione della prova e della fiducia reciproca tra Stati,

²⁵¹ «1. Los datos personales obtenidos de la ejecución de una orden europea de investigación sólo podrán ser empleados en los procesos en los que se hubiera acordado esa resolución, en aquellos otros relacionados de manera directa con aquél o excepcionalmente para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Para utilizar con otros fines los datos personales obtenidos, la autoridad española competente deberá recabar el consentimiento de la autoridad del Estado de ejecución o del titular de los datos.

2. Cuando en un caso concreto así lo requiera la autoridad competente del Estado de ejecución, la autoridad española competente le informará del uso que haga de los datos personales que se hubieran remitido a través de una orden europea de investigación, con excepción de aquéllos obtenidos durante su ejecución en España».

²⁵² L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 116; E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea*, op. cit., pp. 304 ss.

GLI OBIETTIVI E I PRINCIPI

ponendosi così quasi in antitesi con il principio del mutuo riconoscimento. E tale rischio è percepibile nella sua massima estensione in Lussemburgo, in quanto non sembra limitarsi a dettare una disciplina nazionale non perfettamente allineata alla Direttiva, ma pare voler estendere la portata applicativa della stessa anche *ultra fines*.

CAPITOLO III

EMISSIONE E TRASMISSIONE DI UN OEI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Ambito applicativo – 2.1. L’ambito applicativo in Italia e all’estero – 3. Tipi di procedimento nei quali può essere emesso un OEI – 3.1. I tipi di procedimento in Italia... – 3.2. ...e all’estero – 4. Un OEI anche per la fase esecutiva? – 4.1. La fase esecutiva in Italia e all’estero – 5. L’autorità di emissione – 5.1. Un pubblico ministero indipendente anche per gli OEI? – 5.2. Le altre autorità competenti e la convalida ad opera dell’autorità giudiziaria – 5.3. Pubblico ministero incompetente ad ordinare l’atto di indagine e riconoscimento dell’autorità di esecuzione: un binomio incompatibile – 5.4. EPPPO e OEI: un connubio (im)possibile? – 5.5. L’autorità di emissione nella normativa italiana – 5.6. Cenni comparatistici – 6. Condizioni di emissione di un OEI: rinvio – 7. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI – 7.1. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Italia – 7.2. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Francia – 7.3. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Lussemburgo – 7.4. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Spagna – 7.5. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Portogallo – 7.5. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Germania – 7.7. Brevi riflessioni comparatistiche – 8. La trasmissione di un OEI all’autorità di esecuzione – 8.1. L’individuazione dell’autorità di esecuzione competente – 8.2. Le modalità di trasmissione: verso l’utilizzo del Regolamento e-codex? – 8.3. La trasmissione di un OEI nella disciplina italiana, francese, lussemburghese, spagnola, portoghese e tedesca – 9. La lingua – 9.1. La lingua in Italia – 9.2. La lingua all’estero

1. Premessa

L’art. 1, par. 1, Direttiva 2014/41/UE individua l’OEI come una «decisione giudiziaria» (al pari del MAE e del MER), emessa o convalidata da un’autorità competente di uno Stato, per compiere «atti di indagine»¹ volti all’acquisizione di prove in un altro Stato membro vincolato dalla Direttiva². Una natura, quindi, al pari degli altri strumenti di mutuo

¹ A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 1, p. 119 ritiene che la nozione di «investigative measure» rappresenti una «undefined notion». Così anche M. SALOMIR, *European investigation order*, in *Caiete de Drept Penal*, 2018, 1, p. 84.

² Particolarmente efficace l’analisi di J.A. ESPINA RAMOS, *The European Investigation Order and Its Relationship with Other Judicial Cooperation Instruments. Establishing Rules on the Scope and Possibilities of*

riconoscimento, puramente giudiziaria, in contrasto con quella politica caratterizzante il precedente sistema mutuo-assistenziale³. L'OEI, in altre parole, è un atto che ha efficacia vincolante per l'autorità che lo riceve, essendo lo stesso garantito dalla natura giudiziaria richiesta dalla Direttiva.

La fase di emissione rappresenta la genesi del meccanismo dell'ordine europeo di indagine, dalla quale prende avvio tutto il procedimento che porta poi al riconoscimento e, infine, all'esecuzione. La fase di trasmissione, dal canto suo, costituisce l'anello di raccordo tra l'autorità giudiziaria di emissione e quella di esecuzione e può essere letta sotto un duplice angolo visuale: quello della trasmissione, dal lato attivo, dell'ordine all'autorità di esecuzione; e quello, inverso, della trasmissione, dal lato passivo, della prova raccolta all'autorità di emissione.

Entrambi i profili, per quanto *prima facie* possano sembrare scevri di dubbi interpretativi, a una più approfondita lettura e dal confronto con l'applicazione pratica, in realtà tradiscono una serie di questioni che meritano di essere approfondite, in particolar modo con riferimento alla nozione di autorità di emissione, al tipo di procedimento nel quale può essere emesso l'OEI, alla lingua degli atti e alle modalità di trasmissione.

2. Ambito applicativo

La Direttiva 2014/41/UE aveva certamente tra i propri obiettivi quello di porre fine al quadro frammentario in tema di cooperazione giudiziaria in materia probatoria che aveva caratterizzato la legislazione UE prima della sua adozione. Con un'opera di *reduction ad unum*⁴, infatti, ha racchiuso in un «unico strumento» (considerando 7) le modalità di acquisizione di tutte le prove: quelle costituite, quelle costituende e quelle già in possesso

Application, in *Eucrim*, 2019, 1, p. 54, che evidenzia come «*the EIO is 1) a decision issued (or validated) by a judicial authority within criminal proceedings (in the sense defined in Art. 4 of the Directive); 2) consisting in investigative measures of trans-border nature; 3) aimed at gathering evidence; 4) among the Member States bound by the EIO Directive*».

³ Vi è, tuttavia, chi ha posto in evidenza come l'utilizzo della locuzione «decisione giudiziaria» si sostanzia in una «*terminologische Unsauberkeiten*» (imprecisione terminologica), in quanto compendierebbe in sé tanto le decisioni giudiziarie in senso stretto («*justizielle Entscheidungen*») quanto quelle amministrative («*behördliche Entscheidungen*»): A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, Springer, 2017, p. 26.

⁴ «*A single instrument with a broad scope*»: così L.V. MIRISAN, *The European Investigation Order*, in *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*, 2018, p. 221. Non manca, inoltre, chi ha sostenuto che l'opera unificatrice sia solo parziale, in quanto le convenzioni concluse in seno al Consiglio d'Europa non sarebbero «normativamente surrogate dal “neonato” Ordine europeo»: F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: inside e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p. 681.

dell'autorità di esecuzione. Una chiara volontà in tal senso è espressa dai considerando 8 e 10, i quali rispettivamente stabiliscono che un OEI «dovrebbe avere una portata orizzontale e pertanto dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove» (considerando 8) e «dovrebbe essere incentrato sull'atto di indagine da compiere» (considerando 10). I citati considerando sono poi sintetizzati nell'art. 1, in cui si afferma che l'OEI «è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente Direttiva. L'OEI può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione».

L'obiettivo di innovare rispetto alla precedente impostazione mutuo-assistenziale in materia di cooperazione giudiziaria emerge chiaramente se si considera che ciò che viene richiesto (*rectius*: ordinato) con un OEI non è più la prova che si vuole ottenere, bensì lo svolgimento di un'*investigative measure* finalizzata all'acquisizione di tale prova⁵. In altre parole, viene invertito il rapporto fine-mezzo: all'autorità di esecuzione non è più richiesto un fine (la prova) bensì ordinato il mezzo (l'atto di indagine) con il quale giungere al citato fine. Per esempio, l'autorità di emissione non chiederà più uno specifico documento, ma ordinerà un sequestro (eventualmente preceduto da perquisizione) volto alla sua acquisizione; ancora, l'autorità di emissione non chiederà più di conoscere il contenuto delle comunicazioni che avvengono su una determinata utenza telefonica, ma ordinerà un'intercettazione.

È bene chiarire, però, che il riferimento alle *investigative measures* (i.e. agli atti di indagine) deve essere inteso in senso atecnico⁶, atteso che «in ambito europeo non viene utilizzata la distinzione, per noi usuale, tra atti di indagine [...] e prove»⁷. Pertanto, nel nostro ordinamento, un OEI può essere emesso per ordinare tanto una ricognizione (art. 231 c.p.p.), quanto un'individuazione (art. 361 c.p.p.), così come per procedere all'assunzione di una testimonianza (art. 194 c.p.p.) o di sommarie informazioni (art. 351 c.p.p.).

⁵ F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 6, p. 3; M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne: un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte de preuves au sein de l'UE ?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 865; H. BROOMS, *Étude de la décision d'enquête européenne et de son impact dans l'enquête pénale transnationale*, in *Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain*, 2019, p. 23.

⁶ A. GASPARRE, *La prova penale in Europa*, in *Università degli Studi di Padova*, p. 125.

⁷ P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2019, p. 266.

Un secondo aspetto degno di nota è rinvenibile nel coacervo di atti di indagine (e prove) che possono essere compiuti. L'OEI, a differenza del “fallimentare” MER, che era circoscritto all'acquisizione esclusivamente di «oggetti, documenti e dati» (art. 1, par. 1, DQ 2008/978/GAI), ha una valenza poliedrica, dal momento che è adottabile per ogni “atto di indagine” finalizzato all'acquisizione tanto di prove costituite (tra le quali rientrano i citati oggetti, documenti e dati), quanto di prove costituende. Inoltre, non si può non notare come l'art. 1 Direttiva 2014/41/UE consenta di emettere un OEI per «ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione». Tale precisazione è certamente opportuna, sia perché permette di estendere ulteriormente il raggio applicativo dell'OEI, sia perché consente di sciogliere in radice eventuali dubbi che avrebbero potuto porsi in merito alla possibilità di richiedere prove già in possesso di un'autorità giudiziaria in uno Stato straniero. Senza entrare nel merito di quelle che possono essere le difficoltà operative riguardanti l'effettiva conoscenza della presenza di una prova in un altro Stato o dell'opportunità di ottenere una prova “costituita” senza procedere alla sua rinnovazione, qualora possibile, la scelta del legislatore europeo sembra essere volta soprattutto a garantire ai massimi livelli il principio della circolazione probatoria intra-UE.

La tutela dei diritti di indagati ed imputati pare invece fondarsi essenzialmente su due presupposti: da un lato, i diritti processuali fondamentali sono stati armonizzati nel corso dell'ultimo decennio (grazie alla c.d. *roadmap* tracciata a Stoccolma) e pertanto ci si dovrebbe attendere un elevato grado di omogeneità tra le legislazioni nazionali, almeno su temi specifici; dall'altro lato, qualora l'armonizzazione non risultasse sufficiente ed adeguata, le *exclusionary rules* interne di ogni singolo Stato membro dovrebbero garantire l'inutilizzabilità di prove che contrastano con il diritto nazionale e con i relativi principi fondamentali dell'ordinamento. Non è infatti immaginabile che una prova acquisita nello Stato di esecuzione e trasmessa allo Stato di emissione, in contrasto con le regole di utilizzabilità di quest'ultimo Paese, possa essere “legittimata” e “utilizzata” solo perché introdotta nel processo per mezzo di un OEI, sebbene non manchino orientamenti giurisprudenziali che tendono a minimizzare il problema⁸. Si pensi al caso in cui l'Italia chieda un verbale di sommarie informazioni testimoniali, assunte in assenza di contraddittorio tra le parti, alla Grecia: è evidente che le stesse non potranno poi essere utilizzate come prova in

⁸ Sul punto v. G. Uberris, La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia, in Cass. Pen., 2014, 2, p. 705. In giurisprudenza v., ex multis, Cass., Sez. III., 29 aprile 2021, n. 32866; Cass., Sez. II, 22 luglio 2020, n. 29362; Cass., Sez. II, 21 novembre 2019, n. 11032; Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, n. 2173.

dibattimento, salvo il verificarsi di un'accertata impossibilità di natura oggettiva, di una provata condotta illecita, o di accordo tra le parti.

Un chiaro *favor* per le prove già in possesso dell'autorità di esecuzione è poi espresso dall'art. 10, par. 2, lett. a) e b), Direttiva 2014/41/UE, il quale elenca cinque atti di indagine che devono sempre essere disponibili nel diritto dello Stato di esecuzione e che non possono essere sostituiti con misure alternative⁹. Tra questi vi sono l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità giudiziaria (quindi analogamente a quanto previsto dall'art. 1), o che «avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI» (lett. a)), ovvero l'acquisizione di informazioni «contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente nel quadro di un procedimento penale» (lett. b)).

Si è detto, sin qui, che un OEI può essere emesso per l'acquisizione di ogni tipologia di prova, ma è opportuno evidenziare come l'impostazione della Direttiva paia tradire, sotto certi aspetti, un anacronistico ancoraggio a classificazioni tradizionali che non tengono in debito conto l'importanza (ormai imprescindibile per l'accertamento di ogni tipologia di reato) delle prove digitali¹⁰. Queste ultime sono, infatti, immateriali, volatili e, in molti casi, non consentono un (agevole) recupero qualora modificate o cancellate. Se, dunque, la prova digitale può essere eliminata o manomessa nell'arco di pochi istanti, le tempistiche disegnate dall'OEI (30 giorni per il riconoscimento e 90 giorni per l'esecuzione, per un totale

⁹ Il ricorso a un atto alternativo si porrebbe, per certa dottrina, «*out of place*» (L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation of Tax Offences in the EU: Scope of Application and Grounds for Refusal of the European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 53).

¹⁰ Sul tema v. N.A. SMUHA, *Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency*, in *European Criminal Law Review*, 2018, 1, p. 91: «*the EIO Directive contains no guidance for the difficulties evoked by e-evidence, despite the pre-eminently cross-border character thereof*». In senso analogo S. DEPAUW, *Electronic Evidence in Criminal Matters: How About E-Evidence Instruments 2.0?*, in *European Criminal Law Review*, 2018, p. 71: «*whereas the European Investigation Order allows for obtaining evidence in another member state, it does not provide any indication on how the collection, preservation and exchange of electronic evidence should take place*». Ancora Á. TINOCO-PASTRANA, *The Proposal on Electronic Evidence in the European Union*, in *Eucrim*, 2020, 1, p. 47; S. TOSZA, *The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence. Overview and Critical Remarks*, in *Eucrim*, 2018, 4, p. 213; B.J. BLAŽIČ-T. KLOBUČAR, *Investigating Crime in an Interconnected Society: Will the New and Updated EU Judicial Environment Remove the Barriers to Justice?*, in *International Review of Law Computers & Technology*, 2019, pp. 6 ss.; R.M. GERACI, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento e-evidence*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3, pp. 1340 ss.; D. CURLOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 6, p. 751; E. LARO GONZÁLEZ, *Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2022, 1, pp. 285 ss.; E. LARO GONZÁLEZ, *El Reglamento E-evidence: instrumento adicional a la Orden europea de investigación*, in *La Ley Probática*, 2021, 3.

di massimo 120 giorni) rischiano di affievolirne (se non addirittura, nei casi più estremi, azzerarne) l'efficacia¹¹. Ed è certamente anche su queste considerazioni che si fonda la proposta di Regolamento sugli ordini di conservazione e produzione europei della *e-evidence* che dovrebbe consentire un rapporto diretto tra l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione e il prestatore di servizi dello Stato di esecuzione, senza il necessario filtro dell'autorità giudiziaria. Attraverso il contatto diretto tra soggetto pubblico e soggetto privato, l'autorità di emissione potrebbe ordinare al *service provider* di congelare i dati dallo stesso conservati in vista di una sua successiva produzione, così evitando quel rischio di "dispersione probatoria" che è caratteristico delle prove digitali. L'adozione del citato Regolamento se, come visto, da un lato, permetterebbe di rendere più efficiente la cooperazione giudiziaria, dall'altro lato, reca con sé seri interrogativi rispetto alla protezione dei diritti fondamentali del cittadino.

L'ambito applicativo dell'OEI non è comunque limitato all'acquisizione di atti di indagine o prove, in quanto l'art. 32 Direttiva 2014/41/UE consente agli Stati membri di adottare, in tempi rapidissimi (24 ore), provvedimenti «intesi a impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove», con conseguente trasmissione, non obbligatoria, di quanto "sequestrato" all'autorità di emissione. Questa scelta del legislatore europeo è in linea con lo spirito della Direttiva e consente, nei casi di pericolo di inquinamento probatorio o di dispersione della prova per motivi che non possono essere determinati a priori, di tutelare celermente la conservazione del dato probatorio a rischio.

Vi è, infine, da segnalare come la Direttiva non si limiti a disciplinare in positivo ciò che rientra nel proprio raggio operativo, ma preveda altresì due situazioni che si pongono al di fuori di quest'ultimo: le osservazioni transfrontaliere (considerando 9) e le squadre investigative comuni¹² (SIC - considerando 8 e art. 3 Direttiva 2014/41/UE – art. 13 Convenzione

¹¹ Secondo S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, 2018, p. 173 «si tratta di un termine abbastanza stretto, ma non sempre idoneo a soddisfare le esigenze di celerità delle investigazioni digitali, che possono anche costituire oggetto di un ordine europeo di indagine penale».

¹² In dottrina v. *ex multis* E. GONZATO, *Squadre investigative comuni: l'Italia finalmente recepisce la decisione quadro 2002/465/GAI*, in *Rivista Eurojus*, 2016; R. BELFIORE, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, pp. 131 ss.; C. RIJKEN-G. VERMEULEN G (a cura di), *Joint investigation teams in the European Union: from theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006; R. ZAHARIEVA, *The European Investigation Order and the Joint Investigation Team – which road to take*, in *ERA Forum*, 2017, pp. 397 ss.; G. BARROCU, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, pp. 1325 ss.;

di Bruxelles). L'esclusione dei citati strumenti è certamente il frutto di una scelta ponderata da parte del legislatore europeo. Le osservazioni transfrontaliere, disciplinate dagli artt. 40 ss. CAAS, afferiscono infatti al diverso ambito della cooperazione di polizia, che non è oggetto della Direttiva 2014/41/UE. Le squadre investigative comuni, disciplinate dalla DQ 2002/465/GAI (nonché dall'art. 13 Convenzione di Bruxelles, il quale è stato però sostanzialmente sostituito dalla DQ 2002/465/GAI), al contrario, si inseriscono nel novero degli strumenti di cooperazione giudiziaria¹³ (per quanto *sui generis*)¹⁴ e presentano presupposti ed ambiti operativi diversi, ma al contempo in parte sovrapponibili, rispetto a quelli della Direttiva 2014/41/UE. Le SIC, infatti, possono operare solo su base consensuale¹⁵ (ma non devono necessariamente essere istituite)¹⁶ qualora le indagini condotte da uno Stato membro comportino «inchieste difficili e di notevole portata che hanno un collegamento con altri Stati membri», nonché qualora più Stati membri svolgano investigazioni che «esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati» (art. 1, par. 1, DQ 2002/465GAI). L'OEI, invece, è pensato per l'acquisizione (obbligatoria) di uno o più determinati atti di indagine (tendenzialmente in un singolo Stato membro) che non comportano necessità di coordinamento particolarmente elevate¹⁷. Per tali motivi, dunque, il legislatore

G. DE AMICIS, *Scambio di informazioni e di intelligence, squadre investigative comuni*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, pp. 791 ss.

¹³ Così R. ZAHARIEVA, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 398. R. BELFIORE, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence-gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 317, precisa, inoltre, che «*joint investigation teams operate outside the "realm" of mutual recognition*»; nello stesso senso R. VOYNOVA, *Modern Instruments for Evidence-Gathering in Criminal Matters across EU*, in *International Conference Knowledge-Based Organization*, 2018, 2, p. 250; G. BARROCU, *Le squadre investigative comuni*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, pp. 383 ss.

¹⁴ C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della Direttiva 2014/41/UE*, in *Leg. Pen.*, 02 ottobre 2017, p. 34.

¹⁵ L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, 2, p. 47 sottolinea come «*the joint investigation teams are based on the agreement of the Member States involved*». In senso analogo v. anche T. CASSUTO, *La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, in *AJ Pénal*, 2014, p. 339, il quale sottolinea che «*la constitution d'une équipe commune d'enquête n'est pas une mesure d'investigation ordinaire. Elle repose sur un accord préalable entre les autorités nationales avec des incidences juridiques - notamment concernant la responsabilité des agents - et financières qui sont difficilement conciliables avec l'esprit du principe de reconnaissance mutuelle*».

¹⁶ Così Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 19, il quale evidenzia come «*the decision on whether to issue an EIO or set up a JIT should be decided on a case-by-case basis, as there is no legally provided general rule. One of the benefits of setting up a JIT is the possibility of financial support, either by Eurojust or through the European multidisciplinary platform against criminal threats (EMPACT) grants managed by Europol*».

¹⁷ Secondo R. ZAHARIEVA, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 400, «*the EIO is much more restrictive*» rispetto alle SIC.

ha ritenuto preferibile rimettere l'istituzione di una SIC e l'acquisizione di prove nel suo ambito a «disposizioni specifiche, che è più opportuno disciplinare separatamente» (considerando 8).

Il quadro giuridico dei rapporti tra SIC e OEI, tuttavia, presenta tratti che possono essere definiti come una “deroga alla non applicabilità” di un ordine di indagine nell'ambito di una squadra investigativa comune. L'art. 3 Direttiva 2014/41/UE, infatti, stabilisce che «l'OEI si applica a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione [di Bruxelles del 2000] e della Decisione Quadro 2002/465/GAI del Consiglio eccetto ai fini dell'applicazione, rispettivamente, dell'articolo 13, paragrafo 8, della Convenzione e dell'articolo 1, paragrafo 8 della Decisione Quadro». Le disposizioni a cui l'art. 3 Direttiva 2014/41/UE rimanda riguardano situazioni in cui la SIC ha necessità di acquisire un elemento di prova in uno Stato membro che non ne ha preso parte; in tal caso, è possibile emettere un OEI anche nell'ambito di una SIC, per quanto tale combinazione sia nella pratica utilizzata in rari casi¹⁸. Si può, dunque, notare come un OEI adottato nell'ambito di una SIC persegua la finalità di acquisire un determinato elemento di prova in un altro Stato membro, senza imporre l'estensione della squadra anche nei confronti di Paesi la cui partecipazione sarebbe del tutto superflua, in quanto limitata all'ottenimento di un singolo atto di indagine (o comunque un limitato numero di atti di indagine).

Quid iuris, però, in merito all'utilizzabilità delle prove raccolte per mezzo di un OEI emesso nell'ambito di una SIC? Una problematica, questa, che è stata sollevata dalla dottrina spagnola, la quale ha osservato come l'utilizzabilità degli atti raccolti è pressoché automatica nello Stato di emissione (qualora ovviamente lo Stato di esecuzione abbia rispettato le regole dettate dall'autorità emittente), ma non altrettanto negli altri Paesi che hanno preso parte alla SIC, i quali ben potrebbero possedere regole probatorie nazionali in contrasto tanto con quelle della *lex loci* quanto con quelle della *lex fori* dell'autorità di emissione¹⁹. Onde evitare “invalidità” probatorie nazionali che potrebbero vanificare il lavoro svolto dalla SIC e, dunque, al fine di consentire la piena utilizzabilità delle risultanze investigative in tutti gli Stati che vi partecipano, pare opportuna una concertazione di questi ultimi nella

¹⁸ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 19.

¹⁹ Á. TINOCO PASTRANA, *La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español*, in *Freedom Security Justice*, 2018, 3, p. 128.

procedura di emissione, così da indicare allo Stato di esecuzione il rispetto di tutte quelle formalità che permettano di evitare la scure delle *exclusionary rules* in tutti i Paesi coinvolti.

Infine, su questo specifico tema vi è ancora da segnalare una tecnica legislativa che si muove in modo bidirezionale: da un lato, l'art. 1, par. 8, DQ 2002/465/GAI (così come l'art. 13, par. 8, Convenzione di Bruxelles) prevede che l'assistenza di uno Stato che non partecipa a una SIC è richiesto «conformemente agli strumenti o disposizioni pertinenti»; dall'altro, l'art. 3 Direttiva 2014/41/UE si premura di specificare (e quindi di risolvere sul nascere eventuali dilemmi esegetici) che un OEI trova applicazione in relazione al citato art. 1, par. 8, DQ 2002/465/GAI e, di conseguenza, lo annovera tra gli strumenti a disposizioni pertinenti della Decisione Quadro. Una normazione, in altre parole, che dà spazio a un circolo virtuoso in cui i richiami reciproci consentono una preziosa opera di coordinamento di due strumenti per certi versi simili ma, al contempo, estremamente differenti tra loro.

2.1. L'ambito applicativo in Italia e all'estero

L'Italia, anche su questo tema, ha mostrato un non perfetto allineamento con le previsioni della Direttiva. Più nel dettaglio, l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017, dedicato alle definizioni, non si discosta nella sostanza (se pur con qualche differenza semantica di secondario rilievo) dall'omologa disposizione sovranazionale e stabilisce che un OEI può essere adottato «per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili». Si può, dunque, notare come il legislatore italiano, traducendo «atti di indagine [...] ai fini di acquisire prove» con «atti di indagine o di assunzione probatoria», abbia ricondotto la generica disposizione europea alle categorie probatorie interne (mezzi di ricerca della prova e mezzi di prova), sgombrando così il campo da ogni questione che avrebbe potuto porsi in sede esegetica. Atti di indagine e prove che, al pari della Direttiva, possono essere prove costituite e costituende, nonché prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, con l'ulteriore precisazione che gli stessi possono aver ad oggetto persone o cose (specificazione, quest'ultima, non contemplata dalla Direttiva).

La legislazione interna, tuttavia, si discosta da quella europea in relazione alle

osservazioni transfrontaliere e alle SIC. Per le prime non si rinvencono, se non in atti di *soft law*²⁰, disposizioni ad esse direttamente o indirettamente collegate: il legislatore domestico, in altri termini, è stato del tutto silente. Tale mancanza nel d.lgs. n. 108 del 2017 non sembra riverberare, fortunatamente, alcun effetto negativo sull'impostazione complessiva, né lascia spazio a interpretazioni creative tali da ricondurre le osservazioni transfrontaliere nell'ambito applicativo della Direttiva. Invero, se si fosse voluto consentire l'adozione dell'OEI anche per il citato strumento, tale scelta avrebbe dovuto essere compiuta espressamente.

Un discorso più complesso deve, invece, essere svolto con riferimento alle SIC. La Circolare del Ministero della Giustizia, infatti, esclude dall'ambito applicativo dell'OEI «l'istituzione delle squadre investigative comuni e l'acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre. [...] L'esclusione corrisponde alla previsione espressa dell'art. 3 della Direttiva, che però fa salva l'applicazione dell'OEI per l'assistenza che la squadra investigativa abbia necessità di richiedere a uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra»²¹. Sotto questo punto di vista *nulla quaestio*, atteso che la Circolare si allinea perfettamente a quanto imposto dalla Direttiva. Tuttavia, nel corpo del d.lgs. n. 108 del 2017 vi sono due disposizioni che sembrano porsi in contrasto con la normativa europea. Gli artt. 8 e 29 d.lgs. n. 108 del 2017, dedicati rispettivamente all'esecuzione concelebrata di un OEI in Italia e all'estero, nonché l'art. 21 relativo alle operazioni sotto copertura da svolgersi in Italia, prevedono infatti che il Procuratore della Repubblica possa «promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune» al fine dell'esecuzione concelebrata di un OEI. La diretta conseguenza non può che essere quella di acquisire prove richieste con un OEI nell'ambito di una SIC, ma tale *modus procedendi* fa registrare una frattura insanabile con l'art. 3 Direttiva 2014/41/UE e, pertanto, gli artt. 8, 21 e 29 d.lgs. n. 108 del 2017 non possono che essere disapplicati nella parte in cui prevedono l'istituzione di una SIC al fine di procedere all'esecuzione concelebrata di un OEI.

Un ulteriore elemento di discrepanza tra la Direttiva e la legge di recepimento, che non sembra però sollevare problematiche applicative rilevanti, è rinvenibile nei c.d. “provvedimenti provvisori”. Come visto, questi sono richiamati genericamente dalla Direttiva tanto per la procedura attiva quanto per quella passiva, ma l'Italia ha optato per una trasposizione

²⁰ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017-Attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo, prot. n. DAG.0203162.U del 30 ottobre 2017.

²¹ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit.

“differenziata”, disciplinando il sequestro probatorio, dal lato passivo, all’art. 26 d.lgs. n. 108 del 2017 e, dal lato attivo, mediante il combinato disposto degli artt. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 e 253 c.p.p.

La Francia, a differenza dell’Italia, ha espressamente escluso dall’operatività dell’OEI le *observations transfrontalières* e le *équipes communes d’enquête*, opportunamente precisando che, nell’ambito di queste ultime, un OEI può essere adottato per l’acquisizione di prove sul territorio di uno Stato che non ne prende parte (art. 694-18 CPPF²²). Dal punto di vista, invece, degli atti che possono essere oggetto di un OEI, l’art. 694-16 CPPF²³, dopo aver stabilito che un ordine è finalizzato all’acquisizione di prove (costituite e costituende) anche già in possesso dell’autorità di esecuzione, fornisce un’elencazione molto dettagliata degli atti di indagine che possono essere contemplati da un OEI, tra i quali si annoverano i provvedimenti provvisori. Il citato elenco dovrebbe però essere considerato in modo non tassativo, dal momento che, in caso contrario, rischierebbe di cristallizzare l’esistenza di determinate *mesure d’enquête* in un preciso momento storico, con la conseguenza che la normativa francese rischierebbe di essere insensibile ai progressi giuridici, tecnologici, artistici e scientifici.

In Lussemburgo, al pari della Francia, la disciplina interna è allineata quasi perfettamente alla Direttiva e contempla la possibilità di emissione di un OEI per l’acquisizione di prove costituite, costituende e già in possesso dell’autorità di esecuzione, nonché per l’adozione

²² «Il n’y a pas lieu à émission d’une décision d’enquête européenne:

1° Lorsqu’est mise en place une équipe commune d’enquête en application des articles 695-2 et 695-3; toutefois, lorsqu’une autorité compétente participant à une équipe commune d’enquête requiert l’assistance d’un Etat membre autre que ceux qui y participent, une décision d’enquête européenne peut être émise à cette fin; [...]

3° Lorsqu’est demandée une observation transfrontalière en application de l’article 40 de la convention d’application des accords de Schengen du 19 juin 1990».

²³ «Une décision d’enquête européenne est une décision judiciaire émise par un Etat membre, appelé Etat d’émission, demandant à un autre Etat membre, appelé Etat d’exécution, en utilisant des formulaires communs à l’ensemble des Etats, de réaliser dans un certain délai sur son territoire des investigations tendant à l’obtention d’éléments de preuve relatifs à une infraction pénale ou à la communication d’éléments de preuve déjà en sa possession. La décision d’enquête peut également avoir pour objet d’empêcher provisoirement sur le territoire de l’Etat d’exécution toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d’aliénation d’éléments susceptibles d’être utilisés comme preuve. Elle peut aussi avoir pour objet le transfèrement temporaire dans l’Etat d’émission d’une personne détenue dans l’Etat d’exécution, afin de permettre la réalisation dans l’Etat d’émission d’actes de procédure exigeant la présence de cette personne, ou le transfèrement temporaire dans l’Etat d’exécution d’une personne détenue dans l’Etat d’émission aux fins de participer sur ce territoire aux investigations demandées. Les preuves mentionnées aux deux premiers alinéas peuvent également porter sur la violation par une personne des obligations résultant d’une condamnation pénale, même si cette violation ne constitue pas une infraction».

di provvedimenti provvisori (art. 2 l. 1° agosto 2018²⁴), ad eccezione delle osservazioni transfrontaliere e delle SIC; in quest'ultima ipotesi, però viene fatta salva la possibilità di emettere un OEI all'indirizzo dei Paesi non partecipanti alle squadre investigative (art. 1, par. 2, l. 1° agosto 2018²⁵).

Anche in Spagna l'ambito applicativo dell'OEI è tratteggiato in linea con l'impostazione sistematica della Direttiva, ma per fare ciò il legislatore ha adottato una tecnica di recepimento che si pone in un punto mediano tra quanto operato in Francia e Lussemburgo, da un lato, e in Italia, dall'altro. Invero, l'art. 186 LRMRP²⁶ stabilisce che gli OEI possono avere ad oggetto prove costituite, costituende e già in possesso dell'autorità di esecuzione, mentre esulano dal raggio di applicazione dello stesso le osservazioni transfrontaliere e le SIC (ad eccezione del più volte richiamato caso in cui la prova da assumere si trovi in uno Stato membro che non partecipa alla squadra). Volgendo lo sguardo ai provvedimenti provvisori, invece, la Spagna ha preferito seguire le orme italiane e non dettarne una regola generale; al contrario, ne ha disegnato la disciplina dal punto di vista attivo (art. 203 LRMRP²⁷) e dal

²⁴ «La décision d'enquête européenne est une décision émise ou validée par l'autorité judiciaire compétente d'un État membre, appelée autorité d'émission, en vue de voir réaliser par l'autorité compétente d'un autre État membre, appelée autorité d'exécution, dans un certain délai, sur son territoire des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession.

La décision d'enquête peut également avoir pour objet d'empêcher provisoirement sur le territoire de l'État d'exécution toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve».

²⁵ «2. Il n'y a pas lieu à émission d'une décision d'enquête européenne:

1° lorsqu'est mise en place une équipe commune d'enquête en application de la loi du 21 mars 2006 sur les équipes communes d'enquête. Toutefois, lorsqu'une autorité compétente participant à une équipe commune d'enquête requiert l'assistance d'un État membre autre que ceux qui y participent, une décision d'enquête européenne peut être émise à cette fin;

2° lorsqu'est demandée une observation transfrontalière en application de l'article 40 de la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 et approuvée par la loi du 3 juillet 1992».

²⁶ «1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución.

[...]

3. La orden europea de investigación podrá comprender todas las medidas de investigación, con excepción de la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo.

No obstante lo anterior, cuando un equipo conjunto de investigación necesite que las diligencias de investigación se practiquen en el territorio de un Estado miembro que no haya participado en el equipo, podrá emitirse».

²⁷ «1. La autoridad española competente podrá emitir una orden europea de investigación con la finalidad de impedir de forma cautelara la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como medio de prueba».

punto di vista passivo (art. 223 LRMRP²⁸).

A differenza dei Paesi europei sin qui esaminati, il Portogallo si inserisce sul solco già tracciato dall'Italia in cui l'opera di trasposizione non è fedele al tenore letterale della Direttiva. Invero, da un punto di vista generale l'art. 4 l. 88/2017²⁹ prevede che un OEI ricomprenda «*qualquer medida de investigação*», ad eccezione delle SIC, nel cui ambito è comunque possibile emettere un OEI verso quei Paesi che non ne fanno parte. Nulla è detto, al contrario, in relazione alle osservazioni transfrontaliere, mentre i provvedimenti provvisori non sono contemplati dalla parte generale, ma solamente dall'art. 44³⁰ della “parte speciale” della l. 88/2017, dedicato al Portogallo in qualità di autorità di emissione.

Anche la Germania non si allinea alla Direttiva. L'art. 91a IRG³¹, senza specificare quali possano essere le tipologie di prove acquisibili, esclude che un OEI possa essere adottato per le osservazioni transfrontaliere e le SIC. È bene notare che, con riferimento a queste ultime, l'art. 91a, par. 2, n. 1, IRG, al pari di quanto stabilito dal d.lgs. n. 108 del 2017, non faccia alcun riferimento alla possibilità di emettere un OEI, nell'ambito di una SIC, nei confronti degli Stati che non partecipano a quest'ultima. Il paragrafo 3 dell'art. 91a torna, invece, a prevedere espressamente che «*die Sicherstellung von Beweismitteln*» (sequestro probatorio) possa essere oggetto di un OEI, specificando altresì che il sequestro a scopo di confisca è disciplinato da un'altra sezione della IRG stessa.

Alla luce del quadro sin qui analizzato, si può ancora una volta evidenziare come vi sia

²⁸ «*La autoridad española competente para el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación en la que se solicite una medida cautelar de aseguramiento de pruebas comunicará su decisión a la autoridad de emisión dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la orden*».

²⁹ «*1. A DEI abrange qualquer medida de investigação, com exceção da criação de equipas de investigação conjuntas e da obtenção de elementos de prova por essas equipas.*

2. A DEI abrange também as medidas de investigação destinadas à realização dos objetivos de uma equipa de investigação conjunta, a executar num Estado membro que nela não participa, por decisão da autoridade judiciária competente de um dos Estados membros que dela fazem parte».

³⁰ «*1. Pode ser emitida uma DEI para tomar qualquer medida destinada a impedir provisoriamente a destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de um elemento que possa servir de prova*».

³¹ «*1. Nach diesem Abschnitt richtet sich die sonstige Rechtshilfe für einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Maßgabe der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (ABl. L 130 vom 1.5.2014, S. 1, L 143 vom 9.6.2015, S. 16) (Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung).*

2. Dieser Abschnitt findet keine Anwendung auf 1. die Bildung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen sowie auf die Erhebung von Beweismitteln innerhalb einer solchen Ermittlungsgruppe, 2. grenzüberschreitende Observierungen und 3. Vernehmungen von Beschuldigten im Wege einer Telefonkonferenz.

3. Die Sicherstellung von Beweismitteln für oder durch einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union richtet sich nach Absatz 1. Für die Sicherstellung von Vermögensgegenständen zum Zweck der Einziehung sind die §§ 94 bis 96 anzuwenden, soweit nicht die Verordnung Sicherstellung und Einziehung gilt».

un elevato grado di eterogeneità nel recepimento della Direttiva da parte dei vari Stati membri. La disciplina dell'ambito applicativo nell'esperienza italiana lascia tuttavia almeno in parte perplessi. Infatti, sebbene le lacune possano essere supplite tramite interventi di ortopedia esegetica, sarebbe stato comunque opportuno specificare che le osservazioni transfrontaliere e le SIC esulano dallo spettro applicativo dell'OEI, ad eccezione di quelle situazioni in cui un ordine di indagine si riveli necessario per acquisire prove in uno Stato membro che non partecipa alla squadra investigativa comune (analogamente al modello francese e quello lussemburghese).

3. Tipi di procedimento nei quali può essere emesso un OEI

L'art. 4 della Direttiva disegna una norma tetraedrica in cui vengono elencati i tipi di procedimento all'interno dei quali è ammesso il ricorso a un OEI, la cui caratteristica comune è riassumibile nell'essere «*criminal in nature*»³². La norma in questione è la chiara espressione di una disciplina dai contorni fluidi³³, caratteristica di una Direttiva che deve cercare di abbracciare ad ampio spettro i diversi procedimenti – di natura penale o amministrativa sanzionatoria/para-penale – che permeano le multiformi legislazioni processuali nazionali. Più nel dettaglio, i procedimenti descritti dalle lett. a), b) e c) sono svolti nei confronti di persone fisiche, mentre quelli di cui alla lett. d) hanno ad oggetto le persone giuridiche.

L'art. 4, lett. a), stabilisce che un OEI può essere emesso «in relazione a un procedimento penale avviato da un'autorità giudiziaria, o che può essere promosso davanti alla stessa, relativamente a un illecito penale ai sensi del diritto nazionale dello Stato di emissione». Questa pare essere la situazione che crea i minori problemi applicativi, in quanto racchiude la dinamica “classica” di un procedimento penale: dalla notizia di reato sino all'esecuzione della sentenza³⁴.

³² L. BACHMAIER WINTER, *Best practices for EUROpean COORDination on investigative measure and evidence gathering*, 11 marzo 2019, p. 28.

³³ «*The boundaries of what is to be considered as “criminal proceedings” within the scope of the EIO are still somewhat vague*» (L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 28).

³⁴ Si è fatta strada in dottrina anche un'interpretazione che ritiene ammissibile un OEI prima della formale instaurazione di un procedimento penale, al fine di procedere con indagini esplorative. La medesima dottrina, tuttavia, sconfessa una simile esegesi, in quanto «quest'eventualità coinvolge più la condivisione di informazioni in “via ufficiosa” che un vero e proprio atto compiuto attraverso un provvedimento giudiziario, sicché sembrerebbe doversi escludere la legittimità, per lo meno ipotizzando una sua applicazione secondo il nostro diritto, di un ordine europeo di indagine richiesto in assenza di un procedimento in corso secondo le regole

La seconda e la terza ipotesi, al contrario, presentano contorni applicativi evanescenti che necessitano di uno sforzo esegetico ben maggiore. Le lett. b) e c) dell'art. 4, infatti, consentono il ricorso a un OEI, rispettivamente in procedimenti avviati dalle autorità amministrative³⁵ e dalle autorità giudiziarie, «in relazione a fatti punibili in base al diritto nazionale dello Stato di emissione in quanto violazioni di norme giuridiche, quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente, segnatamente, in materia penale». Come si può notare, la Direttiva richiede un collegamento tra un procedimento amministrativo o uno giudiziario non penale e un procedimento in materia penale, escludendo così dal raggio applicativo della norma tutte quelle situazioni che non afferiscono, quantomeno potenzialmente, alla *matière pénale*³⁶.

La norma, come visto, «*is formulated not fully clear*»³⁷ e vi è da comprendere cosa deve intendersi con «organo giurisdizionale competente, segnatamente, in materia penale». L'interpretazione della locuzione in oggetto, volutamente vaga al fine di ricomprendervi i diversi scenari presenti nella “Piccola Europa”, deve essere scissa in due parti: la prima, per cercare di comprendere cosa deve intendersi con organo giurisdizionale; la seconda, per chiarire il significato della competenza in materia penale. Vi è innanzitutto da osservare che la giurisprudenza del Lussemburgo è ormai costante nel ritenere che la nozione di organo giurisdizionale sia un concetto autonomo del diritto dell'Unione e che esistano una serie di indici in presenza dei quali un'autorità di uno Stato membro può ritenersi tale: «il

dello Stato di emissione» (G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 218).

³⁵ Sul punto D. KNYTEL, *Evidence Gathering in the European Union: The Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 1, p. 70 ha sottolineato come la possibilità di emettere un OEI anche da parte di un'autorità amministrativa «*was supported in particular by the German authorities in order to give their national administrative authorities the opportunity to issue an EIO during an administrative offence proceeding ("Ordnungswidrigkeitenverfahren")*».

Vi è anche chi ritiene che il riferimento ai procedimenti avviati da autorità amministrative possa contrastare con il principio di proporzionalità, in quanto «*even minor wrongdoings, such as banal road traffic offences, could give rise to transnational investigative measures*» (F. ZIMMERMANN-S. GLASER-A. MOTZ, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 71).

³⁶ Così anche L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation*, op. cit., p. 50; L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017, p. 435; A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, op. cit., p. 119.

³⁷ L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation*, op. cit., p. 49. L'Autrice sostiene, inoltre, che la mancanza di chiarezza «*is probably not due to the lack of linguistic skills of the European legislator, but rather to the difficulties to describe, in an abstract way, the types of proceedings that exist in several member States for applying criminal sanctions. As I stated earlier, this rule aims to cover, for example, the issuing of an EIO in proceedings where the criminal sanction is imposed by the police or the public prosecutor –although the latter considered a judicial authority in several member States– within an administrative proceeding, but can end up before a criminal court if the sanctioned person opposes the sanction*».

fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente»³⁸ e terzo³⁹, nonché l'idoneità del giudizio nel «risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale»⁴⁰. Non è tuttavia sufficiente che la decisione possa dar luogo a un procedimento avanti un organo giurisdizionale, dal momento che quest'ultimo deve essere competente in materia penale. E per essere competente in “*criminal matters*”, la Corte di Giustizia richiede che l'autorità giudiziaria procedente, anche se non dispone di una competenza esclusivamente penale, sia chiamata a giudicare in un procedimento che «presenti le caratteristiche essenziali di un procedimento penale»⁴¹ – tra le quali si annoverano il principio *nulla poena sine lege*, il principio della punibilità unicamente in caso di imputabilità o di responsabilità penale e il principio della proporzionalità della sanzione alla responsabilità e ai fatti⁴² – «e applichi una procedura che è assoggettata al rispetto delle necessarie garanzie procedurali in materia»⁴³.

Un emblematico esempio della potenziale applicazione dell'art. 4, lett. b), Direttiva 2014/41/UE è la l. 24 novembre 1981, n. 689 (c.d. “legge di depenalizzazione”) che detta una disciplina organica per il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative, i cui principi generali⁴⁴ riflettono quelli del processo penale⁴⁵. In estrema sintesi, per giungere

³⁸ C.G.U.E, Grande Sezione, 14 novembre 2013, *Marián Baláž*, C-60/12, §32. In senso conforme C.G.U.E, Sez. VI, ord. 01 settembre 2021, *OKR*, C-387/20, §22; C.G.U.E, Sez. IV, 20 settembre 2018, *Montte SL*, C-546/16, §21; C.G.U.E, Grande Sezione, 24 maggio 2016, *M.T. Højgaard A/S e Züblin A/S c. Banedanmark*, C-396/14, §23; C.G.U.E, Grande Sezione, 14 giugno 2011, *Paul Miles e altri c. Scuole europee*, C-196/09, §37; C.G.U.E, Grande Sezione, 16 dicembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, §55.

³⁹ C.G.U.E, Sez. IX, 16 settembre 2020, *Anesco*, C-462/19, §37.

⁴⁰ C.G.U.E, Sez. V, 16 febbraio 2017, *Ramón Margarit Panicello c. Pilar Hernández Martínez*, C-503/15, §28; C.G.U.E, Sez. II, 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-377/13, §23; C.G.U.E, Grande Sezione, 17 luglio 2017, *Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Macerata*, C-58/13 e C-59/13.

⁴¹ C.G.U.E, Grande Sezione, 14 novembre 2013, *Marián Baláž*, C-60/12, §36.

⁴² C.G.U.E, Grande Sezione, 14 novembre 2013, *Marián Baláž*, C-60/12, §40.

⁴³ C.G.U.E, Sez. VII, 07 aprile 2022, *D.B.*, C-150/21, §41.

⁴⁴ I principi annoverati nel Capo I, Sezione I, l. n. 689 del 1981, analoghi a quelli del diritto penale, sono: il principio di legalità (art. 1); la capacità di intendere e volere (art. 2); l'elemento soggettivo (art. 3); le cause di esclusione della responsabilità (art. 4); il concorso di persone nell'illecito amministrativo (art. 5); la non trasmissibilità dell'obbligazione (art. 7); il concorso formale e l'illecito amministrativo continuato (art. 8); la “recidiva” (art. 8 bis); il principio di specialità (art. 9).

⁴⁵ Anche in Germania vi è una legge, per certi versi, analoga alla legge di depenalizzazione italiana: la *Ordnungswidrigkeiten* (OWiG, su cui v. F. CAMPLANI, *La responsabilità degli enti per i reati nel diritto amministrativo punitivo tedesco*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2022. 1, pp. 70 ss.). Secondo L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 28, la OWiG può rientrare nel perimetro applicativo dell'art. 4, lett. b), Direttiva 2014/41/UE.

a un provvedimento di archiviazione o all'adozione di un'ordinanza-ingiunzione dell'autorità competente, gli «organi addetti al controllo» possono compiere una serie di attività investigative *lato sensu* intese, tra le quali si annoverano l'assunzione di informazioni, lo svolgimento di ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, l'effettuazione di rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, nonché procedere al sequestro cautelare finalizzato alla confisca amministrativa (art. 13 l. n. 689 del 1981). Si può, dunque, notare come il procedimento amministrativo rappresenti una sorta di “processo penale in miniatura” in cui sono presenti una fase investigativa, una fase decisoria e un contraddittorio cartolare con l'incolpato, ma con garanzie assai più scemate rispetto a un processo penale tradizionale. In ogni caso, a prescindere da quelle che possono essere le garanzie procedurali, è ben possibile che un illecito amministrativo sia collegato a un illecito penale; cosicché anche il legislatore del 1981 si è premurato di disciplinare espressamente l'ipotesi in questione. L'art. 24 l. n. 689 del 1981, infatti, stabilisce che «qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato [...], il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa», previa trasmissione del rapporto redatto dal soggetto (inquirente) incaricato delle verifiche all'autorità giudiziaria penale competente.

Non si può quindi non osservare come la l. n. 689 del 1981 rappresenti esattamente lo spirito dell'art. 4, lett. b), Direttiva 2014/41/UE, dal momento che è un procedimento avviato dalle autorità amministrative che «può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente, segnatamente, in materia penale». Non vi è alcun dubbio, infatti, che nel sistema italiano un giudice penale sia un soggetto investito di tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza sovranazionale per essere qualificato come autorità giudiziaria e che adotti una decisione nel rispetto dei principi generali del processo penale. Ne consegue che, nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi della legge di depenalizzazione, il ricorso a un OEI dovrebbe essere garantito. Come si avrà modo di vedere, tuttavia, l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 preclude purtroppo ed inspiegabilmente una simile possibilità⁴⁶.

Un ulteriore esempio di procedimento amministrativo, la cui decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale, è rinvenibile nella disciplina relativa alle infrazioni del codice della strada nei Paesi Bassi.

⁴⁶ V. *infra* §3.1.

Quest'ultima prevede che le sanzioni per i reati previsti dal codice della strada olandese siano irrogate da un organo amministrativo e reclamabili avanti a un procuratore soggetto all'autorità gerarchica del Ministro della Giustizia, contro la cui decisione è possibile ancora adire il *Kantonrechter*, il quale possiede tutti i requisiti per essere considerato un'autorità giurisdizionale competente in materia penale⁴⁷. La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità di una simile impostazione con il diritto dell'UE e, in particolare, ha ritenuto che una sanzione pecuniaria per un reato previsto dal codice della strada, irrogata da un organo amministrativo e reclamabile avanti un organo giurisdizionale solo dopo aver esperito un ricorso giudicato da un pubblico ministero dipendente dal potere esecutivo, possa e debba essere riconosciuta in un altro Stato membro ai sensi della DQ 2005/214/GAI⁴⁸. Traslando il ragionamento, *mutatis mutandis*, nel campo dell'OEI, si deve osservare come la normativa olandese sia inscrivibile nel raggio applicativo dell'art. 4, lett. b), Direttiva 2014/41/UE, dal momento che il procedimento condotto per l'irrogazione della sanzione pecuniaria è di tipo amministrativo e la decisione finale può essere oggetto di un reclamo avanti un organo giurisdizionale competente, segnatamente, in materia penale. Pertanto, essendovi la possibilità che il procedimento di irrogazione della sanzione sfoci in un procedimento penale, si deve ritenere che nell'ambito del primo possa essere emesso un OEI.

Per tutte le casistiche sopra menzionate (procedimento penale, procedimento amministrativo e procedimento giudiziario che possa sfociare in un procedimento *lato sensu* penale), l'art. 4 estende la sua portata applicativa sia alle sole persone fisiche, sia a quelle giuridiche. La lett. d), infatti, consente il ricorso a un OEI «in connessione con i procedimenti di cui alle lettere a), b) e c) relativi a reati o violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione». Si può innanzitutto evidenziare come il legislatore europeo abbia saggiamente evitato di fare riferimento, in relazione alle persone giuridiche, esclusivamente a procedimenti relativi a *reati* in cui le persone giuridiche sono coinvolte, in quanto vi sono sistemi giuridici nell'Unione che prevedono una responsabilità dell'ente, ma non attribuiscono alla stessa natura penale. È il caso, per esempio, dell'Italia, nella quale la responsabilità degli enti – definita come amministrativa dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – ha natura ibrida ed è stata definita come un

⁴⁷ C.G.U.E, Sez. VII, 07 aprile 2022, *D.B.*, C-150/21, §§43-44.

⁴⁸ C.G.U.E, Sez. VII, 07 aprile 2022, *D.B.*, C-150/21.

tertium genus che si pone al confine tra la responsabilità penale e amministrativa. Si può allora comprendere la scelta della Direttiva di utilizzare formulazioni volutamente generiche («reati o violazioni», «considerata responsabile o punita»), che non fanno riferimento unicamente a una responsabilità di natura penale, così da consentire un'applicazione generalizzata dell'OEI su tutto il territorio dell'Unione anche quando i soggetti del procedimento sono *legal entities*.

Un punto da approfondire relativo alla responsabilità degli enti riguarda la possibilità di emettere un OEI verso un Paese che non ne contempla l'esistenza, in quanto l'art. 11, lett. g), prevede come motivo di non riconoscimento o di non esecuzione la violazione del principio della doppia incriminazione. Si potrebbe allora essere portati a ritenere che il citato motivo di rifiuto possa essere ostativo al riconoscimento (e quindi ancora prima all'emissione) di un OEI qualora lo Stato di esecuzione non preveda la possibilità di perseguire una persona giuridica. Una più approfondita interpretazione dell'art. 11, lett. g), tuttavia, non può che condurre a un esito pressoché opposto o, in ogni caso, neutro sotto questo punto di vista. Invero, la lett. g) facoltizza il rifiuto qualora «la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione», fatte salve le fattispecie per le quali il requisito della doppia incriminazione non è mai richiesto. La norma, come si può notare, non è rappresentativa di una caratteristica soggettiva, bensì di una oggettiva: fa riferimento, infatti, alla condotta (costituita da azione, evento e nesso di causa) e non anche al profilo del soggetto (persona fisica o giuridica) che deve porre in essere la stessa. In altre parole, la citata norma richiede che l'azione di Tizio o della società Alfa sia riconducibile a una fattispecie delittuosa (o contravvenzionale), come può essere la truffa, senza specificare chi abbia commesso la stessa. Pertanto, se vengono posti in essere artifici o raggiri, idonei a indurre Caio in errore, al fine di ottenere un ingiusto profitto, è indifferente, per l'art. 11, lett. g), che tali azioni siano compiute da Tizio piuttosto che da Alfa, in quanto ciò che importa è la sussumibilità di tali condotte in una fattispecie di reato.

Non vi sono, inoltre, altre disposizioni della Direttiva espressamente dedicate alla possibilità di emettere un OEI verso un Paese che non prevede la responsabilità (penale o amministrativa) delle persone giuridiche. L'impostazione complessiva, tuttavia, non sembra ostativa in tal senso, dal momento che non la esclude espressamente⁴⁹. Al contrario, l'art. 1 si

⁴⁹ Così anche E. LARO GONZÁLEZ, *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 106.

limita a stabilire genericamente che un OEI è «una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ai fini di acquisire prove conformemente alla presente Direttiva», mentre l'art. 4, lett. d), prevede la possibilità di emettere un ordine in procedimenti in cui sono coinvolte delle persone giuridiche. In ogni caso, escludere la possibilità di ordinare un OEI perché lo Stato di esecuzione non riconosce la responsabilità (penale/amministrativa/para-penale) degli enti si porrebbe in contrasto con i principi della fiducia reciproca, del mutuo riconoscimento e della libera circolazione delle prove nel territorio comunitario. Sarebbe probabilmente opportuno, per fugare ogni dubbio, che il legislatore europeo intervenisse sul tema, rendendo esplicita la propria posizione al riguardo e chiarendo ogni dubbio interpretativo in materia, analogamente a quanto già è avvenuto a proposito gli strumenti di cooperazione giudiziaria più recenti. L'art. 23, par. 2, Regolamento 2018/1805/UE, infatti, stabilisce che «il provvedimento di congelamento o il provvedimento di confisca relativo a una persona giuridica è eseguito anche se lo Stato di esecuzione non riconosce il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche».

3.1. I tipi di procedimento in Italia...

La normativa italiana ha trasposto i tipi di procedimento previsti dalla Direttiva optando per una formulazione che se ne discosta ampiamente e che sembra differenziare tra l'Italia quale autorità di esecuzione o di emissione.

Sotto il primo punto di vista, cioè dal lato passivo, l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 definisce un OEI come un «provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea». Il richiamo all'autorità amministrativa è indicativo di una volontà del legislatore di eseguire nel territorio nazionale anche quegli ordini che la Direttiva riconduce sotto l'art. 4, lett. b): non avrebbe alcun senso, al contrario, il riferimento in oggetto se il legislatore non avesse voluto consentirne l'esecuzione.

Dal punto di vista attivo, invece, la situazione è ben diversa. Benché l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 sia inserito nel Titolo I dedicato alle «disposizioni di principio» e, di conseguenza, potrebbe trovare applicazione per tutti gli OEI, tanto quelli attivi quanto passivi, il successivo art. 27 specifica che un ordine può essere emesso «nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale»,

ma nulla stabilisce in merito a un procedimento avviato dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa che possa sfociare in un procedimento penale. Vi è, dunque, da ritenere che la mancata indicazione dei citati procedimenti para-penali sia sintomatica della volontà del legislatore italiano di escludere gli stessi dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 108 del 2017⁵⁰. Una scelta, questa, che sembra non porsi in contrasto con la Direttiva, in quanto la stessa pare consentire l'adozione di un OEI nei citati procedimenti che possono sfociare in un procedimento penale, ma ci si deve in ogni caso interrogare sull'opportunità di una simile opzione⁵¹. L'art. 27, infatti, sembrerebbe impedire la possibilità di emettere un OEI nel corso di procedimenti incardinati ai sensi della l. n. 689 del 1981, i quali disciplinano violazioni amministrative (o eventualmente penali di natura per lo più contravvenzionale) generalmente di non elevato disvalore sociale. La giustificazione potrebbe risiedere nella volontà del legislatore (non si sa quanto consapevole) di disegnare positivamente il principio di proporzionalità, escludendo il ricorso a un OEI per fattispecie che non sono avvertite come socialmente pericolose.

Il generico riferimento a un «procedimento penale» consente, poi, di emettere un OEI anche nel corso di procedimenti che sono celebrati per giudicare in merito alla responsabilità amministrativa degli enti⁵²; e tale esegesi non può che essere confermata dall'art. 696 *septies* c.p.p., il quale prevede che, «in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie riguardanti la responsabilità da reato degli enti, nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea» si osservano le norme del codice di procedura penale e quelle contenute in altre disposizioni di legge attuative del diritto dell'Unione europea⁵³.

Si deve, infine, porre in evidenza un'enorme lacuna della legge di recepimento italiana,

⁵⁰ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit.: «la legge interna non contempla il caso dell'OEI emesso da un'autorità amministrativa italiana per l'accertamento di violazioni che implicano l'irrogazione di sanzioni di sua competenza».

⁵¹ Secondo M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 840, «un'omissione non facilmente spiegabile» quella di non ricomprendere i procedimenti amministrativi di natura nel raggio operativo dell'OEI.

⁵² Così anche A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 2, p. 170; P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 80.

⁵³ Così M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1076.

nella quale, inspiegabilmente⁵⁴, non sono stati inseriti i procedimenti volti all'applicazione di misure di prevenzione personali (ma solo quelle patrimoniali⁵⁵), previste dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nell'elenco di quelli che possono condurre all'emissione di un OEI⁵⁶. Le misure di prevenzione, tanto personali quanto patrimoniali, infatti, possono essere applicate ben prima dell'iscrizione oggettiva e soggettiva di un individuo nel registro degli indagati e possono altresì essere disposte parallelamente a un procedimento penale, in quanto, in applicazione di un principio di autonomia, «l'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale» (art. 29 d.lgs. n. 159 del 2011)⁵⁷. Se, come visto, l'esclusione dei procedimenti amministrativi che possono scaturire in un procedimento penale era giustificata dall'applicazione *ex lege* del principio di proporzionalità, il mancato richiamo dei procedimenti volti all'applicazione di misure di prevenzione personali (che presuppongono l'accertamento di una pericolosità sociale qualificata, al pari di quelle patrimoniali) è una scelta quanto mai inopportuna⁵⁸. Nell'ambito

⁵⁴ Di diverso avviso M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1075, il quale ritiene che «è implicitamente (e non irragionevolmente) escluso che possa ricorrersi allo strumento di cooperazione nel corso di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione personale».

⁵⁵ In relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., ha sottolineato che «dovrà trattarsi [...] di un ordine inteso alla ricerca, all'acquisizione e/o all'assicurazione di elementi conoscitivi e non, per esempio, all'esecuzione della confisca di prevenzione o al sequestro inteso ad assicurarne gli effetti, per i quali continueranno a operare altri strumenti di cooperazione internazionale. Con l'OEI potranno essere veicolate, per esempio, le richieste di assistenza finalizzate all'assunzione di interrogatori o informazioni testimoniali, alle acquisizioni di documenti funzionali all'accertamento incidentale della pericolosità del proposto; le indagini patrimoniali previste dall'art. 19 del d. lgs. n. 159 del 2011, quando attivate dall'autorità giudiziaria».

⁵⁶ La Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, trasmesso alla Presidenza del Senato il 21 marzo 2017, p. 18, prevedeva più genericamente che il potere di emettere un OEI è «attribuito al tribunale nel procedimento per l'applicazione di misura di prevenzione. Se la natura giurisdizionale di siffatto procedimento appare ormai indiscutibile, nondimeno la precisazione è sembrata utile al fine di evitare incertezze riservando espressamente siffatta possibilità all'autorità giudiziaria». Non ci comprende, francamente, la discrasia che ha accompagnato l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 e la sua relazione illustrativa. Anche la dottrina, peraltro, aveva preannunciato che il procedimento di prevenzione (patrimoniale e personale) fosse «"idoneo" ad "ospitare" un OEI»: D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della Direttiva 2014/41/UE*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 228.

⁵⁷ Per un'analisi dei rapporti tra procedimenti di prevenzione e procedimento penale v., *ex multis*, G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. Pen.*, 2020, 10, pp. 5 ss.; S. FURFARO, *Misure di prevenzione*, Giappichelli, 2013. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass., Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 8166.

⁵⁸ In tal senso M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 840, la quale però ipotizza che «forse si è preferito evitare l'inclusione di queste ultime [le misure di prevenzione patrimoniali] considerati i problemi che suscitano anche a livello sovranazionale». V. anche P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione*, op. cit., p. 80, che, pur dubbiosa circa l'esclusione delle misure di prevenzione personali, cerca di giustificare la scelta legislativa «in considerazione della controversa natura della prevenzione personale e del suo essere strettamente collegata alla persona e, quindi al territorio dove questa si trova».

dell'accertamento dei fatti in un procedimento prevenzione personale, infatti, potrebbero venire alla luce plurime *notitiae criminis* e, di conseguenza, non può non ritenersi che questi possano essere ricondotti nell'alveo dell'art. 4, lett. c) Direttiva 2014/41/UE. La scelta del legislatore, purtroppo, è stata di segno parzialmente opposto, avendo lo stesso previsto le sole misure di prevenzione patrimoniali.

3.2. ...e all'estero

In Francia l'impostazione generale dei tipi di procedimento per i quali può essere adottato un OEI è simile a quella italiana, in quanto presenta due diverse discipline per la procedura attiva e quella passiva. Sotto quest'ultimo angolo prospettico, si precisa che gli OEI, per essere riconosciuti ed eseguiti, devono essere emessi o convalidati da un'autorità giudiziaria anche in relazione a procedimenti amministrativi o giudiziari non penali per fatti punibili nello stato d'emissione a titolo di «*infraction*», quando possono comportare un «*recours*» di fronte a un'autorità giudiziaria competente in materia penale (art. 694-29 CPPF⁵⁹). Dal punto di vista attivo, invece, l'art. 694-20 CPPF⁶⁰ consente l'emissione di un OEI a una serie di soggetti che rivestono la qualità di autorità giudiziaria in materia penale, senza tuttavia precisare se l'ordine debba essere emesso nell'ambito di un procedimento penale.

Anche in Spagna, ancora una volta analogamente all'Italia (e alla Francia), si è previsto che, dal lato passivo, un OEI può essere emesso da autorità competenti tanto amministrative quanto giudiziarie (art. 186, par. 2, LRMRP⁶¹); mentre dal lato attivo vengono richiamati una serie di soggetti che operano in un procedimento penale (art. 187, par. 1, LRMRP⁶²).

⁵⁹ «*Toute décision d'enquête européenne transmise aux autorités françaises doit être émise ou validée par une autorité judiciaire. Cette décision peut concerner, dans l'Etat d'émission, soit des procédures pénales, soit des procédures qui ne sont pas relatives à des infractions pénales mais qui sont engagées contre des personnes physiques ou morales par des autorités administratives ou judiciaires pour des faits punissables dans l'Etat d'émission au titre d'infractions aux règles de droit et par une décision pouvant donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale*».

⁶⁰ «*Le procureur de la République, le juge d'instruction, la chambre de l'instruction et son président ainsi que les juridictions de jugement ou d'application des peines et leurs présidents peuvent, à l'occasion des procédures dont ils sont saisis et dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne [...]*».

⁶¹ «*2. La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal*».

⁶² «*1. Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento*».

Il Lussemburgo (art. 3 l. 1° agosto 2018) e il Portogallo (art. 5 l. 88/2017), invece, hanno optato, per una trasposizione pressoché letterale dell'art. 4 Direttiva 2014/41/UE.

La Germania, infine, si è posta ancora su un binario differente, in quanto il riferimento ai procedimenti amministrativi, che possono dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale, è previsto dall'art. 1 IRG⁶³, norma di portata generale che trova applicazione per tutti gli strumenti di cooperazione inclusi nella legge stessa.

Questo sguardo alle principali soluzioni adottate dai legislatori nazionali mostra come la superfetazione normativa italiana per quanto riguarda il lato attivo e quello passivo non sia una scelta rimasta isolata nell'Unione europea. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione che può ritenersi condivisa solo nella misura in cui sia il frutto di una scelta consapevole, finalizzata a dare attuazione al principio di proporzionalità. Quest'ultimo, in Lussemburgo e in Portogallo, è rimasto sostanzialmente rimesso al prudente apprezzamento dell'autorità procedente, dal momento che nei citati Paesi l'implementazione della Direttiva è stata effettuata, come visto, letteralmente. Si tratta di una scelta, questa, che presenta margini di apprezzabilità, nella misura in cui, valorizzando il ruolo svolto dalle autorità competenti, consente di non escludere a priori situazioni che necessiterebbero dell'adozione di un OEI.

4. Un OEI anche per la fase esecutiva?

Una delle grandi questioni sul tappeto dal punto di vista dell'ambito applicativo della Direttiva riguarda la possibilità di emettere un OEI anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, al fine di consentire un più agevole *enforcement* del titolo esecutivo. L'acquisizione di prove o elementi di prova, infatti, non è un'attività che si colloca esclusivamente nelle fasi investigativa e dibattimentale, in quanto rappresenta un elemento

Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales.

A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

⁶³ «2. *Strafrechtliche Angelegenheiten im Sinne dieses Gesetzes sind auch Verfahren wegen einer Tat, die nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße oder die nach ausländischem Recht mit einer vergleichbaren Sanktion bedroht ist, sofern über deren Festsetzung ein auch für Strafsachen zuständiges Gericht entscheiden kann».*

imprescindibile anche di quella che si dipana *post rem iudicatam*. Si pensi, ad esempio, dal punto di vista penitenziario, alla necessità di acquisire elementi riguardanti le condizioni economico-familiari del condannato, alla possibilità di svolgere una perizia personologica o di acquisire elementi finalizzati alla concessione o alla revoca di un beneficio; anche dal punto di vista puramente esecutivo, poi, per tutte le questioni sulla validità e l'efficacia di un titolo, l'acquisizione di prove – soprattutto documentali – è un'operazione non remota.

Nonostante ciò, la Direttiva non detta una disposizione specifica che fughi in radice i dubbi su una possibile applicazione dell'OEI in fase esecutiva: non vi è alcun divieto esplicito, ma al contempo non vi è alcun consenso espresso. Gli unici due riferimenti normativi, che da soli possono prestare il fianco a letture contrapposte, possono essere rinvenuti nel considerando 25 e all'art. 1, par. 1.

Ai sensi del considerando 25, la Direttiva «stabilisce le regole sul compimento in tutte le fasi del procedimento penale, compresa quella processuale, di un atto di indagine» e l'omologa formulazione inglese prevede che «*this Directive sets out rules on carrying out, at all stages of criminal proceedings, including the trial phase, of an investigative measure*». Una prima lettura, stante il richiamo espresso alla fase processuale (*trial phase*), potrebbe condurre a ritenere che la fase esecutiva sia esclusa dall'ambito di applicazione della Direttiva, dal momento che se il legislatore avesse voluto includerla avrebbe utilizzato una formulazione più inclusiva (ad esempio, “in tutte le fasi del procedimento penale, compresa quella processuale e quella esecutiva”). Una simile conclusione, tuttavia, non è condivisibile per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo, il tenore letterale della disposizione fa riferimento «*at all stages of criminal proceedings*», le quali, se intese in senso ampio, si dipanano dall'acquisizione della *notitia criminis* sino al termine dell'esecuzione della pena⁶⁴; la precisazione volta ad annoverare esplicitamente la fase dibattimentale (*rectius*: processuale) dovrebbe così essere intesa quale puntualizzazione meramente esemplificativa. In secondo luogo, limitare l'OEI alle sole fasi investigative e processuali si porrebbe in contrasto con il “nuovo” principio di libera circolazione probatoria e, di conseguenza, rischierebbe di minare anche la fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento: l'obiettivo dichiarato di voler superare il «frammentario e complesso» quadro esistente per l'acquisizione di prove (considerando 5), basando la «nuova impostazione [...] su un unico strumento» (considerando

⁶⁴ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, giugno 2019, p. 3.

7), sarebbe vanificato se in sede esecutiva fosse necessario ricorrere ai farraginosi, antichi – e pressoché inutilizzati in sede esecutiva – strumenti di mutua assistenza (la cui lentezza rischierebbe altresì di vanificare il principio rieducativo della pena qualora vi fosse l’esigenza di decisioni in tempi più o meno ristretti)⁶⁵. Infine, il terzo motivo poggia le basi su una lettura letterale e sistematica della Direttiva e, in particolare, del suo art. 1, il quale stabilisce che un OEI è una decisione giudiziaria volta al compimento di «uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ai fini di acquisire prove conformemente alla presente Direttiva». Come si può notare, infatti, la formulazione del citato art. 1 presenta un livello di genericità elevato e consente di ricomprendervi anche le prove acquisite nella fase esecutiva, dal momento che si limita a disegnare l’OEI come uno strumento volto all’assunzione di prove, senza circoscriverne al contempo la portata applicativa. Inoltre, da una lettura sistematica di tutta la Direttiva non vi sono elementi dai quali si possa desumere la volontà del legislatore europeo di limitare il perimetro dell’OEI alle sole fasi investigativa e dibattimentale, sebbene queste ultime siano verosimilmente state immaginate come l’asse portante di tutta l’impalcatura normativa. Invero, anche l’art. 4 stabilisce che un OEI può essere emesso «in relazione a un procedimento penale avviato da un’autorità giudiziaria» e, pertanto, ancora una volta può essere fornita un’interpretazione estensiva.

Sembra, in definitiva, che l’OEI possa essere emesso anche in fase esecutiva⁶⁶.

4.1. La fase esecutiva in Italia e all’estero

Se la Direttiva non brilla per chiarezza in merito alla possibilità di emettere un OEI in fase esecutiva, la normativa italiana nulla aggiunge per cercare di risolvere il dilemma interpretativo. Sul punto, infatti, le uniche due disposizioni che possono venire in soccorso dell’interprete sono gli artt. 2 e 27 d.lgs. n. 108 del 2017, i quali tuttavia – al pari della Direttiva – presentano una formulazione estremamente generica. L’art. 2 definisce un OEI come un provvedimento «emesso dall’autorità giudiziaria [...] per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria» nel territorio di uno Stato straniero. Aderendo all’ipotesi ermeneutica sopra prospettata, che ammette la possibilità di adottare un OEI in fase esecutiva, non si può non notare come nella nozione di autorità giudiziaria possano essere ricompresi

⁶⁵ In tal senso L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 35.

⁶⁶ A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 27; Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018 on the European Investigation Order*, 14755/18, 07 dicembre 2018, p. 3; M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 840.

tanto il giudice dell'esecuzione, quanto la magistratura di sorveglianza, mentre la locuzione «assunzione probatoria» possa essere riferito ad ogni tipologia di prova, ad eccezione degli atti di indagine. L'art. 27, dal canto suo, è dedicato all'emissione di un OEI da parte dell'Italia e stabilisce che un ordine può essere adottato «nell'ambito di un procedimento penale» da un pubblico ministero e dal «giudice che procede». Ancora una volta si può notare la già menzionata genericità normativa, grazie alla quale è possibile addivenire alla prospettata conclusione della possibile emanazione di un OEI in fase esecutiva. La nozione di «procedimento penale», infatti, nel diritto interno è una nozione ampia che abbraccia l'intero arco procedimentale che si dipana dall'acquisizione della notizia di reato sino all'esecuzione della pena⁶⁷, a maggior ragione se si considera che il libro X del codice di rito è espressamente dedicato all'«esecuzione». Inoltre, anche in questo caso si possono annoverare la magistratura di sorveglianza e il giudice dell'esecuzione nel perimetro della locuzione «giudice che procede».

Anche il Lussemburgo (artt. artt. 2⁶⁸ e 5⁶⁹ l. 1° agosto 2018), la Spagna (artt. 186⁷⁰ e 187⁷¹ LRMRP) e il Portogallo (artt. 2⁷², 5⁷³ e 12⁷⁴ l. 88/2017) hanno seguito la stessa strada dell'Italia e hanno dettato disposizioni molto generiche che possono prestare il fianco a una duplice lettura volta a (non) ricomprendere un OEI in fase esecutiva.

La Francia, al contrario, ha espressamente preso posizione sul punto e non ha lasciato

⁶⁷ V. per tutti F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, pp. 11 ss.

⁶⁸ «La décision d'enquête européenne est une décision émise ou validée par l'autorité judiciaire compétente d'un État membre [...] en vue de voir réaliser par l'autorité compétente d'un autre État membre [...] des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession».

⁶⁹ «Le procureur d'État, le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peuvent, dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction [...]».

⁷⁰ «1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal».

⁷¹ «1. Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento».

⁷² «1. A DEI é uma decisão emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado membro da União Europeia para que sejam executadas noutro Estado membro uma ou várias medidas de investigação específicas».

⁷³ «A DEI pode ser emitida: a) Em processos penais instaurados por uma autoridade judiciária, ou que possam ser instaurados perante uma tal autoridade, relativamente a uma infração penal, ao abrigo do direito interno do Estado de emissão».

⁷⁴ «1. É competente para emitir uma DEI a autoridade judiciária nacional com competência para a direção do processo na fase em que ele se encontra».

alcun margine di manovra all'interpretazione. L'art. 694-20 CPPF⁷⁵ include, infatti, tra le autorità d'emissione competenti la «*jurisdiction d'application des peines*» e stabilisce che un OEI possa avere quale finalità «*l'exécution d'une peine*». Un OEI in fase esecutiva è, in altri termini, senza alcun dubbio ammissibile.

La Germania, infine, che come noto ha scelto una trasposizione minimale della Direttiva, non ha previsto alcuna norma nell'IRG che possa essere riferita al tema in questione.

Dall'analisi delle normative nazionali si può evidenziare come non vi sia unanimità di vedute circa la possibilità di adottare un OEI nella fase esecutiva. Vi sono, infatti, Stati come la Francia che – opportunamente – non hanno esitato a prevederne la possibile applicazione, mentre altri (Italia, Lussemburgo, Spagna e Portogallo) hanno disegnato discipline interne che rischiano di prestare il fianco a letture contrapposte; altri ancora (Germania) non si sono occupati del problema.

Le differenze sono verosimilmente il frutto di una tecnica normativa non del tutto cristallina della Direttiva sul tema in questione e sarebbe pertanto opportuno che sul piano europeo si intervenisse, quantomeno con atti di *soft law*, per chiarire autorevolmente il perimetro applicativo dell'OEI. In ogni caso, gli Stati dovrebbero valorizzare quanto più possibile i principi del mutuo riconoscimento, della fiducia reciproca e della circolazione probatoria, garantendo l'esecuzione di un OEI emesso in fase esecutiva anche qualora la propria legislazione domestica non lo ammetta esplicitamente o, comunque, presenti un'architettura normativa a geometria variabile.

5. L'autorità di emissione

L'esperienza ventennale del MAE ha dimostrato come la corretta determinazione dell'autorità di emissione sia un punto centrale attorno al quale ruotano gli strumenti di mutuo riconoscimento, dal momento che l'adozione di un ordine (sia esso un MAE o un OEI) da parte di un'autorità incompetente non ne consente, per ovvi motivi, l'esecuzione (e ancora prima il riconoscimento).

⁷⁵ «*Le procureur de la République, le juge d'instruction, la chambre de l'instruction et son président ainsi que les juridictions de jugement ou d'application des peines et leurs présidents peuvent, à l'occasion des procédures dont ils sont saisis et dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction ou à l'exécution d'une peine et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte, poursuivie ou condamnée et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du présent code*».

Sotto l'egida del MAE, la Corte di Giustizia è stata più volte chiamata a perimetrare la nozione di autorità giudiziaria di emissione (concetto autonomo del diritto dell'Unione), in quanto la formulazione dell'art. 6 DQ 2002/584/GAI stabilisce genericamente che «per autorità giudiziaria emittente si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo»⁷⁶.

Sebbene non sia questa la sede per entrare nel dettaglio dei numerosi pronunciamenti della Corte di Giustizia in materia, una sintetica analisi della giurisprudenza europea è comunque fondamentale per tentare di comprendere se i medesimi principi possano essere estesi anche nell'ambito dell'ordine europeo di indagine⁷⁷. In particolare, secondo i giudici del Lussemburgo sono due le caratteristiche che devono contraddistinguere un'autorità giudiziaria al fine di essere considerata come autorità di emissione: la partecipazione all'amministrazione della giustizia⁷⁸ e l'indipendenza dal potere esecutivo⁷⁹. Pertanto, sulla base dei due citati requisiti, non sono state ritenute autorità giudiziarie di emissione i servizi di polizia⁸⁰; il Ministero della Giustizia⁸¹; le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette a ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo⁸²,

⁷⁶ Il generico riferimento a un'autorità giudiziaria competente si rinviene anche in altri strumenti di mutuo riconoscimento. In particolare, il riferimento corre all'art. 2 DQ 2003/577/GAI, all'art. 1 DQ 2005/214/GAI, nonché all'art. 2 DQ 2006/783/GAI.

⁷⁷ V., in particolare, G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Dir. Pent. Cont. Riv. Trim.*, 2021, 4, p. 143; A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *Leg. Pen.*, 09 marzo 2021; J. MAZZURI, *L'indipendenza del pubblico ministero nello spettro del mandato di arresto europeo*, in *Quad. Cost.*, 2020, 2, pp. 446 ss.

⁷⁸ C.G:UE, Sez. IV, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16, §33.

⁷⁹ C.G.UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *P.F. (Procuratore generale di Lituania)*, C-509/18, §52.

⁸⁰ C.G:UE, Sez. IV, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16.

⁸¹ C.G.UE, Sez. IV, 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, C-477/16.

⁸² C.G.UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *O.G. e P.I. (Procure di Lubeca e di Zwickau)*, C-508/18 e C-82/19. Per un commento v., *ex multis*, G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppur così diversi*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1; C. HEIMRICH, *European arrest warrants and the independence of issuing judicial authority – How much independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 10, pp. 389 ss.; K. AMBOS, *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C-82/19 PPU)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 10, pp. 399 ss.; M.L. MANDELLI, *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 4512 ss.; M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1259 ss.; L. CECCHETTI, *MAE e tutela giurisdizionale effettiva: alcune precisazioni in relazione al sistema austriaco*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 784 ss.; A. FERRARI, *MAE e autorità giudiziaria dello Stato emittente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 1765 ss.; V. ODDI, *La Corte interpreta se stessa: nuove riflessioni in tema di MAE e di «autorità giudiziaria emittente»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1178 ss.

salvo il caso in cui i MAE siano obbligatoriamente oggetto di una convalida da parte di un tribunale che effettui un controllo indipendente e obiettivo⁸³. Al contrario, è stato fatto rientrare nella nozione di autorità giudiziaria di emissione il pubblico ministero⁸⁴, anche nel caso in cui sia sottoposto gerarchicamente a un suo superiore, purché venga preservata l'indipendenza dal potere esecutivo⁸⁵ e a condizione che vengano rispettate le garanzie giurisdizionali nel corso del procedimento che ha condotto alla condanna⁸⁶ o che sia comunque finalizzato all'esercizio dell'azione penale⁸⁷.

Infine, prima di addentrarsi nell'analisi dei vari aspetti che toccano da vicino l'identificazione delle autorità di emissione, è opportuno segnalare come l'art. 33, par. 1, lett. a), richieda agli Stati di notificare alla Commissione europea l'elenco delle autorità di emissione e di esecuzione di un OEI del proprio Paese; elenco che è pubblicato sul sito della RGE al fine di agevolare gli Stati nella corretta individuazione delle autorità coinvolte, ma che non vincola la Corte di Giustizia nel momento in cui viene sollevata una questione pregiudiziale finalizzata a stabilire l'effettiva natura di autorità di emissione o di esecuzione di uno specifico organo.

5.1. Un pubblico ministero indipendente anche per gli OEI?

Se in tema di MAE la fluida formulazione normativa ha condotto alla proliferazione di una casistica giurisprudenziale eterogenea, vi è da comprendere se, al contrario, la puntualità della Direttiva 2014/41/UE possa scongiurare analoghi approdi in tema di OEI. L'art. 2, par. 1, lett. c) stabilisce infatti che «autorità di emissione» è «i) un giudice [professionale o “laico”]⁸⁸, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato; o ii) qualsiasi altra autorità competente [amministrativa, doganale, di polizia], definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di

⁸³ C.G.U.E, Sez. II, 09 ottobre 2019, *Generalstaatsanwaltschaft Berlin*, C-489/19.

⁸⁴ C.G.U.E, Sez. III, 13 gennaio 2021, *M.M. (Spetzializirana prokuratura)*, C-414/20.

⁸⁵ C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *J.R. e Y.C.*, C-566/19 e C-626/19.

⁸⁶ C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *Z.B.*, C-627/19.

⁸⁷ C.G.U.E, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *P.F. (Procuratore generale di Lituania)*, C-509/18.

⁸⁸ In tal senso L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, op. cit., p. 48.

prove in conformità del diritto nazionale»⁸⁹. Inoltre, nel secondo caso, prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, l'OEI deve essere convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni che ne legittimano l'emissione di cui all'art. 6, par. 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione. Deve ritenersi, tuttavia, che la convalida del pubblico ministero possa intervenire solo laddove la legge dello Stato di emissione non attribuisca la competenza a conoscere dell'atto di indagine interno a un giudice o un organo giurisdizionale, in applicazione del generale principio di equivalenza che informa la Direttiva⁹⁰. In ogni caso, qualora l'OEI sia stato convalidato da un'autorità giudiziaria (ivi compreso il pubblico ministero), quest'ultima può anche essere considerata l'autorità di emissione ai fini della trasmissione dell'OEI⁹¹.

La Direttiva, nonostante la sua puntuale formulazione, non precisa però se l'indipendenza del pubblico ministero sia un requisito imprescindibile ai fini dell'emissione di un ordine. Per quanto nella pratica le verifiche circa la legittimazione dell'autorità di emissione «*are done on random basis*»⁹² (le autorità di esecuzione, infatti, tendono a “fidarsi” delle omologhe emittenti), la problematica è già stata sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di pronunciarsi in favore della non necessità dell'indipendenza del pubblico ministero per l'adozione di un OEI. In particolare, il *Landesgericht für Strafsachen Wien*, ritenendo che la diversa formulazione della Direttiva 2014/41/UE rispetto alla DQ 2002/584/GAI e il diverso livello di intrusività nei diritti fondamentali dei due strumenti giustificchino una diversa interpretazione del requisito dell'indipendenza del pubblico ministero, ha sollevato una questione pregiudiziale volta ad ottenere una chiarificazione da parte dei giudici del Lussemburgo.

Nel condividere la tesi del rimettente, la Corte di Giustizia muove su due linee direttrici fondate su un'esegesi tanto letterale, quanto sistematica, della Direttiva 2014/41/UE, dal momento che «ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener

⁸⁹ Sottolinea D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit. p. 70, come «*this explicit definition of a competent authority is a reaction to the problems that have arisen in the context of the Framework Decision on the European arrest warrant*».

⁹⁰ In tal senso A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 16.

⁹¹ La formulazione è analoga a quella del precedente MER (art. 2 DQ 2008/978/GAI), nonché a quella del successivo regolamento 2018/1805/UE (art. 2, par. 8) e del futuribile regolamento sugli ordini di conservazione e produzione europei.

⁹² Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions of Plenary meetings of the EJM concerning the practical application of the EIO*, 15210/17, 8 dicembre 2017, p. 10.

conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»⁹³.

Sotto il primo angolo visuale, la Corte rileva la sopra prospettata differenza tra le locuzioni utilizzate dalla DQ 2002/584/GAI e dalla Direttiva 2014/41/UE, evidenziando come la prima si limiti a fare riferimento all'autorità giudiziaria emittente, mentre la seconda precisi che questa può essere un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente, un pubblico ministero o, ancora, ogni altra autorità competente previa convalida dei precitati soggetti. Pertanto, secondo la Corte, la Direttiva ha espressamente ricondotto il pubblico ministero nel *genus* delle autorità competenti⁹⁴, ma ancora non ha specificato se debba o meno essere indipendente dal potere esecutivo e, per dirimere tale dubbio, è necessario procedere a una lettura sistematica della Direttiva⁹⁵.

Dal combinato disposto dell'art. 1, par. 1, e dell'art. 2, lett. c), risulta evidente come la decisione emessa dal pubblico ministero (come visto autorità competente) sia a tutti gli effetti una «decisione giudiziaria» ai sensi dell'art. 1. E tale approdo, secondo la Corte, sarebbe confermato dall'impostazione della Direttiva, la quale assoggetta l'OEI «a una procedura e a garanzie distinte da quelle che disciplinano l'emissione di un mandato d'arresto europeo»⁹⁶; più nello specifico, la Direttiva è «accompagnata da garanzie proprie all'adozione delle decisioni giudiziarie, in particolare da quelle relative al rispetto dei diritti fondamentali della persona interessata e, segnatamente, del diritto a una tutela giurisdizionale»⁹⁷, i quali devono essere tutelati tanto nello Stato di emissione, quanto in quello di esecuzione.

La Corte rileva, infatti, dal punto di vista della procedura attiva, che i diritti sono garantiti da plurime disposizioni e, in particolare, da quella relativa alle condizioni di emissione previste dall'art. 6, il quale richiede – *inter alia* – che si tenga conto dei diritti di indagati e

⁹³ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584/19, §49. Per un commento v. G. BORGIA, *Mandato d'arresto*, op. cit.; M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. Pen.*, 2021, 3, pp. 1060 ss.

⁹⁴ Secondo M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza*, op. cit., p. 1073, «il pubblico ministero è espressamente menzionato tra le autorità giudiziarie che emettono un OEI, e, a questo punto, ci si potrebbe chiedere, come si potrebbe sostenere il contrario. [...] L'esclusione della figura del pubblico ministero dalle autorità emittenti l'OEI comprometterebbe gravemente la cooperazione giudiziaria in materia di acquisizione della prova. L'uso di tale strumento risulterebbe drasticamente ridotto».

⁹⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584/19, §§50-54.

⁹⁶ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584/19, §56.

⁹⁷ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584/19, §56.

imputati, ivi compresi quelli procedurali⁹⁸; dai considerando 12 e 39, nonché dall'art. 1, par. 4, che impongono di rispettare i diritti sanciti dalla Carta di Nizza, tra i quali primaria importanza assumono il rispetto della presunzione di innocenza e dei principi di proporzionalità e necessità⁹⁹; dal complesso articolato dell'art. 14, che garantisce il diritto a un ricorso equivalente a quello previsto per un caso interno analogo (par. 1) e il diritto di disporre di informazioni sufficienti sui mezzi di impugnazione (par. 3), nonché impone una regola di giudizio per lo stato di emissione nel caso in cui un ricorso abbia avuto esito positivo nello Stato di esecuzione (“tener conto” – par. 7)¹⁰⁰.

Dal punto di vista passivo, la Corte non manca di puntualizzare come anche l'autorità di esecuzione, pur nel rispetto dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci, possa essere onerata di una verifica circa il rispetto dei diritti fondamentali che possono potenzialmente venire lesi a causa di un OEI. L'autorità di esecuzione può, infatti, subordinare il riconoscimento all'autorizzazione di un organo giurisdizionale (qualora tale vaglio non sia già stato compiuto in fase di emissione)¹⁰¹; azionare il diritto di consultazione previsto dall'art. 6, par. 3¹⁰²; ricorrere a un atto di indagine diverso se idoneo a raggiungere il medesimo risultato con mezzi meno intrusivi¹⁰³; rifiutare il riconoscimento di un OEI se sussistono fondati motivi per ritenere che la sua esecuzione sia in contrasto con l'art. 6 TUE e, conseguentemente, con la Carta di Nizza¹⁰⁴.

Per la Corte, dunque, il formante letterale e quello sistematico dell'OEI e del MAE sono tra loro eterogenei e conducono a soluzioni contrapposte; anche gli obiettivi dei due strumenti, però, non consentono di giungere a letture differenti. Invero, lo scopo principale della Direttiva è il raggiungimento di una cooperazione semplificata ed efficace tra Stati, analogamente peraltro a quello della DQ 2002/584/GAI, ma – a differenza del MAE – l'OEI può essere disposto «nell'interesse della persona interessata»¹⁰⁵ e persegue il fine di far eseguire uno o più atti di indagine, non quello di arrestare e consegnare una persona ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza restrittive

⁹⁸ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §§57-58.

⁹⁹ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §59.

¹⁰⁰ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §60-62.

¹⁰¹ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §65.

¹⁰² C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §66.

¹⁰³ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §67.

¹⁰⁴ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §68.

¹⁰⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §71.

della libertà personale. Inoltre, il livello di intrusività di un OEI nei diritti fondamentali dell'individuo è assai meno invasivo rispetto al MAE, in quanto nell'ambito del primo possono venire in gioco il diritto al rispetto della vita privata o il diritto di proprietà, non anche quello alla libertà personale (ad eccezione della consegna temporanea di detenuti prevista dagli artt. 22 e 23 Direttiva 2014/41/UE, i quali comunque impongono garanzie specifiche e ulteriori). Pertanto, «tenuto conto delle differenze di ordine testuale, contestuale e teleologico, [...] l'interpretazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Decisione Quadro 2002/584 [...] non è applicabile al contesto della Direttiva 2014/41»¹⁰⁶ e, di conseguenza, anche un pubblico ministero non indipendente dal potere giudiziario è titolato all'emissione di un OEI.

La condivisibile lettura fornita dalla Corte, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona – il quale aveva evidenziato come operare una *reductio ad unum* della definizione di autorità giudiziaria emittente per i vari strumenti di cooperazione giudiziaria sia una «tentazione ermeneutica [che] causerebbe più problemi di quanti apparentemente ne risolva»¹⁰⁷ –, è indirettamente confermata anche dai lavori preparatori che auspicabilmente potranno condurre all'adozione del nuovo Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei. Infatti, la versione originaria proposta dalla Commissione europea prevede quale autorità emittente un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato e il Parlamento si è preoccupato di presentare tre emendamenti (n. 34, n. 105 e n. 484), peraltro non condivisi da tutti gli Stati, finalizzati a introdurre l'aggettivo "indipendente" subito dopo la locuzione «pubblico ministero». Se ne deve desumere, *a contrario*, che se il Parlamento europeo avesse ritenuto che l'indipendenza del pubblico ministero fosse un elemento immanente della disciplina sovranazionale, non avrebbe probabilmente avuto la necessità di avanzare simili emendamenti.

5.2. Le altre autorità competenti e la convalida ad opera dell'autorità giudiziaria

I giudici, gli organi giurisdizionali, i magistrati inquirenti e i pubblici ministeri possono essere non solo emittenti diretti di un OEI, bensì anche indiretti quando operano in sede di convalida di un ordine emesso da «qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato

¹⁰⁶ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §74.

¹⁰⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 16 luglio 2020, A. e A. (*Staatsanwaltschaft Wien*), C-584/19, §37.

di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale» (art. 2, lett. c), n. 2). Come si può notare, la formula residuale utilizzata dal legislatore europeo consente di abbracciare le multiformi esperienze che caratterizzano il quadro normativo nazionale degli Stati dell'UE, ma al contempo detta tre condizioni che paiono imprescindibili: l'altra autorità competente deve essere un'autorità inquirente nel procedimento penale, deve essere competente per l'acquisizione di prove e l'OEI emesso deve essere convalidato da un'autorità giudiziaria. Può essere il caso, per fare un esempio nella disciplina italiana, della perquisizione eseguita su iniziativa della polizia giudiziaria *ex art.* 352 c.p.p. Non sembrano esservi dubbi che la P.G. rivesta il ruolo di autorità inquirente e che sia competente per l'acquisizione di prove, divenendo così a tutti gli effetti un'autorità di emissione di un OEI, ma è comunque richiesta la convalida da parte di un'autorità giudiziaria¹⁰⁸.

Come visto, dal tenore letterale della norma sembrerebbe, *prima facie*, che un OEI emesso da un'altra autorità competente non possa prescindere da una postuma convalida da parte dell'autorità giudiziaria, ma nonostante ciò vi sono Stati, come la Germania, che ritengono che non sempre la citata convalida sia necessaria. La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, infatti, è stata destinataria di un OEI emesso da un'autorità amministrativa tedesca (*Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster*¹⁰⁹) e, alla richiesta di trasmettere un ordine convalidato da un'autorità giudiziaria, il *Finanzamt* ha opposto l'art. 399, par. 1, del codice tributario tedesco, ai sensi del quale «i diritti e i doveri che spettano al pubblico ministero nel procedimento di indagine preliminare»¹¹⁰ sono esercitati dall'autorità finanziaria e, dunque, quest'ultima dovrebbe considerarsi autorità giudiziaria competente all'emissione di un ordine. La Procura di Trento ha così sollevato questione pregiudiziale volta a conoscere se l'art. 2, lett. c), n. ii), della Direttiva «debba essere interpretato nel senso che consenta ad uno Stato membro di esonerare una autorità amministrativa dall'obbligo di far convalidare l'ordine di indagine europeo qualificandola

¹⁰⁸ Sulla legittimazione della polizia giudiziaria v. M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne*, op. cit., p. 874, secondo cui «un État membre pourrait ainsi désigner une autorité de police en tant qu'autorité d'émission, à condition que cette autorité soit compétente pour ordonner la mesure d'instruction correspondante au niveau national».

¹⁰⁹ Letteralmente l'«Ufficio finanziario per le cause penali tributarie di Münster».

¹¹⁰ «Führt die Finanzbehörde das Ermittlungsverfahren auf Grund des § 386 Abs. 2 selbständig durch, so nimmt sie die Rechte und Pflichten wahr, die der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zustehen».

come “autorità giudiziaria” ai sensi dell’articolo 2 della Direttiva».

La Corte di Giustizia, con una decisione per certi versi “pilatesca”, ha sostanzialmente deciso di non decidere. La sentenza dei giudici del Lussemburgo, infatti, dopo aver ricondotto la Procura di Trento nel novero delle autorità giudiziarie che possono adire la Corte¹¹¹, ha dichiarato la questione pregiudiziale irricevibile. È stato, infatti, sostenuto che quando una Procura deve decidere in merito al riconoscimento di un OEI, «non agisce nell’ambito di un procedimento destinato a concludersi con una decisione a carattere giurisdizionale»¹¹² (caratteristica indispensabile per poter sollevare una questione pregiudiziale), in quanto come autorità di esecuzione di un OEI non è «incaricata di “emanare una sentenza”, ai sensi dell’articolo 267 TFUE»¹¹³.

Dopo una sentenza di puro rito, la speranza è che, al pari di quanto accaduto con *Gavanozov I* e *Gavanozov II*, la Corte si pronunci nel merito sulla nuova questione pregiudiziale sollevata dall’*Oberlandesgericht Graz*¹¹⁴. A differenza del procedimento svoltosi davanti la procura di Trento, in questo caso l’*Oberlandesgericht Graz* è stato adito in sede di ricorso da parte dell’imputata e, pertanto, la Corte potrebbe ritenere che il provvedimento conclusivo assuma i contorni di una decisione a carattere giurisdizionale. La soluzione dei Giudici del Lussemburgo potrebbe auspicabilmente condividere le argomentazioni svolte dall’Avvocato Generale in *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*. Secondo l’A.G., infatti, l’art. 2 Direttiva 2014/41/UE impone una necessaria convalida, da parte di un’autorità giudiziaria, di un OEI emesso da un’autorità amministrativa; se si concedesse, al contrario, ai singoli Stati membri la possibilità di equiparare un’autorità amministrativa a una giudiziaria, si assisterebbe a un lampante aggiramento della norma¹¹⁵.

Vi sarebbero, poi, due ulteriori fattori da tenere in considerazione ai fini dello

¹¹¹ C.G.U.E, Sez. IV, 02 settembre 2021, *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*, C-66/20, §§34-35.

¹¹² C.G.U.E, Sez. IV, 02 settembre 2021, *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*, C-66/20, §44.

¹¹³ C.G.U.E, Sez. IV, 02 settembre 2021, *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*, C-66/20, §43.

¹¹⁴ L’*Oberlandesgericht Graz* si domanda «se l’articolo 1, paragrafo 1, prima frase, e l’articolo 2, lettera c), punto i), della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all’ordine europeo di indagine penale, debbano essere interpretati nel senso che per «autorità giudiziaria» e «autorità di emissione» ai sensi di tali disposizioni può intendersi anche un *Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung* (Ufficio finanziario per le cause penali tributarie e l’accertamento»: causa C-16/22, 06 gennaio 2022, *M.S. (Staatsanwaltschaft Graz)*.

¹¹⁵ Conclusioni dell’Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 11 marzo 2021, *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*, C-66/20, §82.

scioglimento del nodo gordiano in esame. In primo luogo, l'autorità di emissione di un OEI è tenuta, «a beneficio di un'adeguata ponderazione tra l'interesse generale e i diritti fondamentali eventualmente interessati, a formulare un giudizio di necessità e di proporzionalità per il quale è indispensabile una posizione istituzionale che non è quella propria degli organi amministrativi»¹¹⁶, anche qualora a questi ultimi siano attribuiti diritti e doveri propri di un pubblico ministero. In secondo luogo, la citata posizione istituzionale del pubblico ministero «quale garante della legalità dinanzi giudici lo rende effettivamente partecipe dell'amministrazione della giustizia, in quanto non cura esclusivamente né principalmente l'interesse di parte dell'amministrazione pubblica», a differenza di un organo amministrativo che è deputato alla tutela dei soli interessi dell'amministrazione di appartenenza, «bensì il generale interesse al rispetto della legge»¹¹⁷.

Le osservazioni dell'Avvocato Generale paiono difficilmente superabili e pienamente condivisibili, in quanto l'attribuzione di funzioni tipiche di un pubblico ministero a un organo amministrativo non equivale automaticamente ad attribuirgli un ruolo comprimario nell'amministrazione della giustizia. Inoltre, l'art. 2 Direttiva 2014/41/UE è letteralmente chiaro e consente ai soli quattro soggetti richiamati dalla norma (giudici, organi giurisdizionali, magistrati inquirenti e pubblici ministeri), e non anche a chi esercita funzioni analoghe¹¹⁸, di emettere un OEI in piena autonomia e senza necessità di una successiva convalida.

5.3. Pubblico ministero incompetente ad ordinare l'atto di indagine e riconoscimento dell'autorità di esecuzione: un binomio incompatibile

Nel capitolo precedente si è osservato come il principio di equivalenza imponga agli Stati membri di prevedere un parallelismo tra l'autorità di emissione di un OEI e l'autorità di emissione di un atto investigativo interno, dal momento che, «nell'ambito di un'indagine penale, un'eventuale distinzione tra l'autorità di emissione dell'ordine europeo di indagine e l'autorità competente a disporre atti di indagine in relazione al suddetto procedimento

¹¹⁶Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 11 marzo 2021, X.K. (*Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster*), C-66/20, §87.

¹¹⁷Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 11 marzo 2021, X.K. (*Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster*), C-66/20, §92.

¹¹⁸Tra le altre si possono ricordare «l'origine legale di tale organismo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, lo svolgimento in contraddittorio dei procedimenti dinanzi ad esso, l'applicazione, da parte dell'organo, di norme giuridiche, nonché la sua indipendenza» (C.G.U.E, Grande Sezione, 21 gennaio 2020, *Banco de Santander SA*, C-274/20, §51).

penale comporterebbe il rischio di complicare il sistema di cooperazione e pregiudicare in tal modo la realizzazione di un sistema semplificato ed efficace»¹¹⁹. In altre parole, se l'acquisizione di tabulati telefonici nel diritto nazionale è di competenza esclusiva di un giudice, la medesima competenza deve valere anche per un ordine europeo di indagine, onde non vanificare i principi di fiducia e riconoscimento reciproci.

Quid iuris, tuttavia, se un OEI emesso da un'autorità incompetente (per esempio da un pubblico ministero anziché da un giudice) venisse riconosciuto ed eseguito nello Stato di esecuzione? Si tratterebbe di una sorta di sanatoria della nullità? La Corte di Giustizia è stata chiara nel rispondere negativamente, fornendo una condivisibile argomentazione tanto letterale, quanto sistematica. In primo luogo, l'art. 9, par. 3, Direttiva 2014/41/UE è una norma che non presta il fianco a letture tra loro opposte, dal momento che impone all'autorità di esecuzione di restituire un OEI allo Stato di emissione, qualora l'ordine sia stato adottato da un'autorità incompetente¹²⁰. In secondo luogo, se si attribuisse un effetto sanante al decreto di riconoscimento, «l'equilibrio del sistema degli ordini europei di indagine, che si fonda sulla fiducia reciproca, sarebbe rimesso in discussione, in quanto ciò equivarrebbe a riconoscere all'autorità di esecuzione un potere di controllo sui requisiti sostanziali per l'emissione di un siffatto ordine»¹²¹.

L'inecepibile impostazione della Corte di Giustizia non si spinge, però, ad ipotizzare quali possano essere le ripercussioni di un eventuale riconoscimento di un ordine emesso da un'autorità incompetente perché diversa da quella che sarebbe stata deputata ad adottare un atto di indagine interno. Una situazione, quest'ultima, certamente patologica che deve essere letta alla luce delle *exclusionary rules* nazionali, alle quali è demandato il compito di assicurare il rispetto del principio di legalità processuale. Il ragionamento che l'operatore del diritto dovrà porre in essere consiste, dunque, in un duplice passaggio: 1) appurare quale sia l'autorità competente ad adottare uno specifico atto di indagine interno; 2) controllare se è stato rispettato il principio di equivalenza, ossia se è stata seguita la regola per cui una misura può essere richiesta con un OEI solo se consentita in un caso interno analogo. Se questa seconda verifica dà esito positivo, *nulla quaestio*. Se, al contrario, la risposta è negativa e l'OEI è stato comunque riconosciuto ed eseguito, sarà necessario invocare

¹¹⁹ C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §38.

¹²⁰ C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §54.

¹²¹ C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19, §53.

l'inutilizzabilità probatoria (o altra *exclusionary rule* dedicata) prevista dal diritto interno.

5.4. EPPO e OEI: un connubio (im)possibile?

L'EPPO (acronimo di *European Public Prosecutor's Office*, c.d. Procura Europea) è uno strumento di cooperazione giudiziaria introdotto, successivamente alla Direttiva 2014/41/UE, con Regolamento 2017/1939/UE, finalizzato a «rafforzare la lotta contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» (considerando 12)¹²².

Senza pretese di esaustività rispetto alla struttura della nuova Procura Europea, quest'ultima è disegnata su due livelli: un livello centrale, composto dal procuratore capo europeo e dai sostituti procuratori europei e dai procuratori europei; un livello decentrato o nazionale, costituito dai procuratori europei delegati (PED) che operano nei singoli Stati membri (art. 8 Regolamento 2017/1939/UE) e il cui compito è quello di condurre, nell'ambito del proprio diritto nazionale, indagini aventi ad oggetto reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Le indagini condotte dai PED sono espressamente disciplinate dagli artt. 30 e 31 del Regolamento. Per quanto riguarda quelle puramente nazionali, l'art. 30 prescrive agli Stati membri di assicurare che i PED siano autorizzati a disporre di una serie di misure investigative espressamente elencate¹²³, eventualmente assoggettabili ad alcune limitazioni,

¹²² Sull'EPPO v., *ex multis*, F. RUGGERI, *Eurojust and the European Public Prosecutor's Office after the Lisbon Treaty*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, pp. 215 ss.; T. RAFARACI, *Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office: Ideas, Project and Fulfilment*, in in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, pp. 157 ss.; M.L. WALDE, *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form*, *ivi*, pp. 165 ss.; F. RUGGERI, *Eurojust and the European Public Prosecutor's Office. Introduction to a Historic Reform*, *ivi*, pp. 181 ss.; M. BÖSE, *Judicial Control of the European Public Prosecutor's Office*, *ivi*, pp. 191 ss.; E.P. REALE, *Defence Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor*, *ivi*, pp. 205 ss.; C. NOWAK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office and National Authorities*, Cedam, 2016; Á. PÉREZ MARÍN, *The European Public Prosecutor's Office – Protecting the Union's Financial Interests through Criminal Law*, in *Eucrim*, 2020, 1, pp. 36 ss.; A. JUSZCZAK-E. SASON, *Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor's Office (EPPO)?*, in *Eucrim*, 2019, 1, pp. 66 ss.; F. FALETTI, *The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality*, in *Eucrim*, 2017, 1, pp. 25 ss.; L. NEUMANN, *The EPPO's material competence and the misconception of „inextricably linked offences”*, in *Eucrim*, 2022, 3, pp. 233 ss.; P. DUBARRY, *La création d'un parquet européen. L'eupéanisation de la lutte contre la délinquance économique et financière*, in *Revue de droit international d'Assas*, 2018, 1, pp. 152 ss.; M. VENEGONI, *Procura europea – EPPO*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, pp. 1151 ss.

¹²³ Le misure elencate dall'art. 30 regolamento 2017/1939/UE sono sei e comprendono: «a) perquisizione di locali, terreni, mezzi di trasporto, abitazioni private, indumenti o altro bene personale e sistemi informatici, nonché qualsiasi misura cautelare necessaria a preservarne l'integrità o a evitare la perdita o l'inquinamento di prove; b) produzione di qualsiasi oggetto o documento pertinente in originale o in altra forma specificata;

nonché «qualsiasi altra misura del loro Stato membro che il diritto nazionale mette a disposizione dei procuratori in casi nazionali analoghi». Si può dunque notare come il Regolamento dell'EPPO abbia, sotto certi aspetti, cercato di armonizzare le normative nazionali, imponendo la necessaria presenza di alcuni atti di indagine in tutti gli Stati membri, sebbene consentendone limitate deroghe. Opportunamente, però, il medesimo atto non si è limitato ad elencare le misure che possono essere adottate, ma, con una previsione residuale, ha consentito ai PED di chiedere o disporre ogni altra misura presente nell'ordinamento interno.

I reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione presentano spesso una dimensione transnazionale (si pensi alle frodi carosello) e, pertanto, è necessaria una cooperazione rapida ed efficiente tra gli Stati dell'Unione. A tal fine, il Regolamento 2017/1939/UE avrebbe potuto richiamare la Direttiva 2014/41/UE relativamente all'acquisizione di prove all'estero, ma così non è stato e non vi è alcun coordinamento tra i due strumenti¹²⁴. Si è infatti preferito offrire un elevato grado di organicità alla disciplina dell'EPPO e innovare profondamente il quadro di cooperazione giudiziaria in materia penale esistente, prevedendo che «i procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente nei casi transfrontalieri» (art. 31 Regolamento 2017/1939/UE). Più nello specifico, con il Regolamento dell'EPPO viene abbandonato il modello dell'ordine in favore di quello dell'assegnazione. Il PED incaricato del caso, infatti, può assegnare a un PED di un altro Stato l'esecuzione di una misura che deve essere svolta nel territorio di quest'ultimo, senza che possano essere eccepiti motivi di non riconoscimento o non esecuzione, salvo al ricorrere di quattro tassative ipotesi il cui spettro operativo è caratterizzato da maglie molto stringenti: se l'assegnazione è incompleta o contiene un errore manifesto e rilevante; se la misura non può essere intrapresa entro il termine fissato

c) ottenere la produzione di dati informatici archiviati, cifrati o decifrati, in originale o in altra forma specificata, inclusi i dati relativi al conto bancario e i dati relativi al traffico, ad eccezione dei dati specificamente conservati conformemente al diritto nazionale ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, seconda frase, della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1); d) congelamento degli strumenti o dei proventi di reato, compresi i beni, di cui si prevede la confisca da parte del giudice competente, ove vi sia motivo di ritenere che il proprietario o chi possiede o ha il controllo di detti proventi o strumenti di reato si adopererà per vanificare il provvedimento di confisca; e) intercettazione delle comunicazioni elettroniche di cui l'indagato o l'imputato è destinatario o mittente, su ogni mezzo di comunicazione elettronica utilizzato dall'indagato o dall'imputato; f) tracciamento e rintracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici, comprese le consegne controllate di merci».

¹²⁴ Sui rapporti tra EPPO ed EIO v. F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura Europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 11, pp. 4211 ss.

CAPITOLO III

nell'assegnazione per motivi giustificati e oggettivi; se gli stessi risultati possono essere conseguiti con una misura alternativa, ma meno intrusiva; se la misura assegnata non esiste o non è disponibile in un caso nazionale analogo.

Il meccanismo previsto dall'art. 31 Regolamento 2017/1939/UE, pur fondamentale nelle indagini transfrontaliere per reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, non può tuttavia trovare applicazione in tutti gli Stati appartenenti alla "Piccola Europa". L'EPPO, infatti, vincola solo 22 dei 27 Paesi membri, dal momento che Irlanda, Danimarca, Polonia, Svezia e Ungheria si sono determinati a non prendere parte alla Procura Europea. Non si può escludere a priori, però, che nel corso di un'indagine si riveli fondamentale acquisire una prova in uno Stato "extra-EPPO", come nel caso in cui sia necessario disporre o proseguire un'intercettazione dell'utenza appartenente a Tizio, indagato in Italia, che si trova momentaneamente in Polonia. In tal caso, non pare peregrino ritenere che il PED incaricato del caso possa emettere un OEI verso lo Stato che non è parte della Procura Europea (ad eccezione di Irlanda e Danimarca che hanno esercitato la facoltà di *opt-out* dalla Direttiva 2014/41/UE); e ciò per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo, il dato letterale dell'art. 2, lett. c), Direttiva 2014/41/UE è dirimente: il pubblico ministero può emettere un OEI e il PED altro non è che un pubblico ministero con specifiche funzioni e attribuzioni. In secondo luogo, da un punto di vista sistematico qualsiasi altra soluzione esegetica contrasterebbe con tutti i principi che si sono sviluppati in materia di cooperazione giudiziaria penale negli ultimi vent'anni. Più nello specifico, se un PED non fosse competente ad emettere un OEI, non si potrebbe che fare riferimento alla Convenzione di Bruxelles in tema di mutua assistenza giudiziaria, vanificando così la fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento che sono andati rafforzandosi nel corso degli anni. Inoltre, una simile soluzione sarebbe in contrasto con lo spirito del Regolamento, il quale è finalizzato a creare un microsystema rapido ed efficiente «per rafforzare la lotta contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»; il ricorso agli strumenti di mutua assistenza sarebbe, pertanto, in aperta antitesi con l'obiettivo citato. *Last but not least*, l'art. 105 Regolamento 2017/1939/UE richiede agli Stati di notificare all'EPPO quali strumenti di cooperazione giudiziaria quest'ultimo può utilizzare nel rapporto con gli Stati che non partecipano alla cooperazione rafforzata. Un cospicuo numero di Stati (undici) ha così attribuito ai PED la competenza in ordine all'emissione, al riconoscimento e all'esecuzione di un OEI, e tra questi figurano Italia, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna, Bulgaria,

Croazia e Repubblica Ceca¹²⁵.

Vi è, infine, da osservare come l'art. 31, par. 6, Regolamento 2017/1939/UE, con una formulazione non del tutto limpida, preveda che «se la misura assegnata non esiste in una situazione puramente interna, ma sarebbe disponibile in una situazione transfrontaliera disciplinata da strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera, i procuratori europei delegati interessati di concerto con i procuratori europei incaricati della supervisione, possono ricorrere a tali strumenti». La norma, in altre parole, sembra consentire una residuale adozione di un OEI da parte di un PED qualora il procedimento di assegnazione non possa essere utilmente azionato, in quanto la misura assegnata non esiste in una situazione puramente interna. Tuttavia, non è chiaro quando nella pratica una casistica simile possa in concreto presentarsi: «*the confusing wording of this rule does not allow proposing a clear interpretation for its future application*»¹²⁶.

In sintesi, dunque, nelle indagini transnazionali all'interno dell'Unione svolte in seno alla Procura europea si aprono quattro scenari: 1) nelle indagini tra Stati vincolati dal Regolamento 2017/1939/UE, il PED dovrà procedere con la procedura di assegnazione prevista dall'art. 31; 2) nelle indagini da eseguire in Polonia, Svezia e Ungheria, il PED sarà tenuto ad emettere un OEI; 3) nelle indagini da eseguire in Irlanda e Danimarca, il PED non potrà che fare riferimento alla Convenzione di Bruxelles; 4) il PED potrà emettere un OEI (o ad altro strumento di mutua assistenza) quando «la misura assegnata non esiste in una situazione puramente interna».

5.5. L'autorità di emissione nella normativa italiana

L'autorità di emissione è «l'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione, che emette l'ordine di indagine con il quale dispone l'acquisizione di elementi di prova in un procedimento penale, o convalida una richiesta di acquisizione probatoria proveniente da un'autorità amministrativa». Così dispone l'art. 2, lett. c), d.lgs. n. 108 del 2017, il quale, a ben vedere, non fornisce indicazioni precise sull'esatta individuazione dell'autorità di emissione. A differenza dell'art. 2, lett. c), Direttiva 2014/41/UE, infatti, la normativa italiana ha preferito utilizzare una definizione molto più generalista e, per certi versi, finanche

¹²⁵ Non hanno preso posizione, invece, Germania, Grecia, Lituania, Slovacchia, Estonia, Cipro, Finlandia, Francia, Malta, Belgio e Austria.

¹²⁶ L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 48.

imprecisa. In primo luogo, sembrerebbe che un OEI non possa essere trasmesso per acquisire una prova, dal momento che l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 fa riferimento esclusivo agli elementi di prova e non anche alle prove: una soluzione, questa, che non può e non deve essere accolta, in quanto un OEI può essere emesso in tutte le fasi di un procedimento penale, con la conseguenza che non può non farsi ricorso a un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione e dunque ricomprendere anche l'acquisizione di prove tra le finalità di un OEI. In secondo luogo, l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 dispone che l'autorità giudiziaria possa convalidare un ordine emesso da un'«autorità amministrativa». Anche in questo caso, però, la trasposizione pecca di imprecisione, atteso che l'art. 2 Direttiva 2014/41/UE fa riferimento a «qualsiasi altra autorità competente», ossia ad una nozione ben più ampia rispetto alle sole autorità amministrative. In ogni caso, una lettura sinergica tra normativa di recepimento e Direttiva non può che far propendere per un'interpretazione della nozione di «autorità amministrativa» come «qualsiasi autorità non giudiziaria operante come soggetto del processo penale»¹²⁷.

L'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017, oltre ad essere sintatticamente impreciso e benché sia inserito tra le disposizioni generali, non fornisce in realtà una chiara indicazione di quali siano le autorità competenti all'emissione di un OEI nell'ordinamento italiano. È solo il successivo art. 27 a stabilire che «il pubblico ministero e il giudice che procede possono emettere, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, un ordine di indagine»; con l'unica precisazione che, a differenza del pubblico ministero, «il giudice emette l'ordine sentite le parti» e, di conseguenza, l'eventuale violazione del contraddittorio costituisce una nullità generale a regime intermedio (artt. 178 e 180 c.p.p.).

Intorno alla nozione di pubblico ministero non paiono sorgere problemi interpretativi: nella stessa possono essere ricompresi i (sostituti) procuratori della Repubblica presso il tribunale ordinario, militare e dei minorenni, nonché i (sostituti) procuratori generali presso la corte d'appello. Sembrano, al contrario, esclusi i (sostituti) procuratori generali presso la Corte di cassazione, in quanto avanti il giudice della nomofilachia la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è preclusa.

Maggiori difficoltà sorgono, invece, in merito alla corretta perimetrazione della nozione di «giudice che procede», in particolar modo con riferimento alla figura del giudice per le indagini preliminari. Non vi è dubbio, infatti, che i giudici per l'udienza preliminare, i

¹²⁷ M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1016.

tribunali (in composizione monocratica e collegiale), le corti d'appello, i giudici di pace, i giudici dell'esecuzione e la magistratura di sorveglianza (magistrato e tribunale, come sopra visto) e possano emettere un OEI; così come non sembra difficile escludere la Corte di cassazione per i motivi sopra esposti.

Vi è invece chi ritiene che il GIP non sia legittimato ad emettere un OEI, in quanto si tratterebbe di organo con mera funzione di garanzia e il cui intervento nel corso delle indagini preliminari non è sempre necessario¹²⁸; inoltre, la nozione di “giudice che procede”, nel codice di rito, non ricomprende anche il giudice per le indagini preliminari, dal momento che, quando il legislatore ha voluto fare riferimento a quest'ultima figura, l'ha sempre espressamente indicata accanto a quella del giudice che procede¹²⁹.

Una simile impostazione non può, tuttavia, essere condivisa né percorsa, in quanto deve ritenersi che il GIP, al ricorrere di determinate situazioni, possa emettere un OEI. L'ostacolo letterale del riferimento al “giudice che procede” è infatti superabile mediante un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, nel quale è previsto che qualsiasi giudice possa essere competente ad emettere un OEI. Se, dunque, da un punto di vista puramente astratto il GIP può essere annoverato tra le autorità competenti, vi è però da comprendere, da un punto di vista pratico, quando tale possibilità sia verificabile: è il caso dell'incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.)¹³⁰ e dell'assunzione degli atti urgenti nel predibattimento dei procedimenti con citazione diretta a giudizio (art. 554 c.p.p.).

Con specifico riferimento alla prima delle due situazioni, è noto che il pubblico ministero non è legittimato a disporre l'incidente probatorio, ma è titolato esclusivamente ad avanzare richiesta al GIP (art. 392 c.p.p.), il quale lo ammette o respinge con ordinanza (art. 398 c.p.p.). Traslando la procedura verso un punto di vista europeo, il pubblico ministero formulerà al GIP una richiesta di “incidente probatorio europeo” (si pensi a una perizia da svolgersi in Slovenia o all'escussione di un teste che debba avvenire in Ungheria), il quale instaurerà il contraddittorio cartolare sulla richiesta¹³¹ e, qualora l'accolga, diventerà

¹²⁸ F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 32.

¹²⁹ A titolo esemplificativo si vedano gli artt. 175, comma 4, 321, comma 1, 391 *bis*, comma 7, c.p.p.

¹³⁰ Pur incidentalmente, avvalora una simile interpretazione E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1311. Nello stesso senso e più incisivamente M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1076.

¹³¹ Vi è chi ritiene che il contraddittorio non debba essere meramente cartolare (come quello previsto in tema di incidente probatorio) ma sia necessaria la celebrazione di un'udienza camerale *ex art.* 127 c.p.p.

automaticamente autorità di emissione dell'OEI, con conseguente dovere di adoperarsi per compilare i moduli e trasmetterli allo Stato di esecuzione. Per gli atti urgenti derivanti dal combinato disposto degli artt. 554 e 467 c.p.p., invece, la procedura non differirà nella parte statica (l'art. 467 c.p.p. rinvia all'art. 392 c.p.p. che disciplina i casi di incidente probatorio), ma solo in quella dinamica, in quanto non è previsto il contraddittorio cartolare sulla necessità di assumere la prova e il giudice fissa direttamente l'udienza, nel corso della quale sentirà le parti in merito all'acquisizione probatoria, emetterà l'OEI e lo trasmetterà all'autorità di esecuzione.

Al contrario, il GIP non è competente ad emettere un OEI, che dunque rimane di competenza del pubblico ministero¹³², quando è chiamato incidentalmente ad autorizzare determinati atti di indagine, quali le intercettazioni telefoniche (art. 267 c.p.p.), il prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi (art. 359 *bis* c.p.p.), nonché l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico (art. 132, comma 3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Nell'ordinamento interno, infatti, i citati atti di indagine sono di competenza del pubblico ministero e vengono eseguiti dallo stesso, il quale però non può procedere senza la previa autorizzazione giudiziale (ovvero la successiva convalida in casi di urgenza), stante l'elevato grado di intrusività degli strumenti investigativi in oggetto nei diritti fondamentali della persona (*in primis*, il diritto costituzionale alla segretezza delle comunicazioni presidiato dall'art. 15 Cost. e il diritto alla riservatezza di cui al combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 8 CEDU).

Vi è allora da chiedersi quali siano le conseguenze in caso di assenza dell'autorizzazione del GIP. Stante la mancata regolamentazione da parte del d.lgs. n. 108 del 2017 (che si limita a stabilire che il pubblico ministero e il GIP emettono gli OEI «nell'ambito delle rispettive attribuzioni»), nonché della Direttiva (la quale fa riferimento alla convalida di un atto emesso da altra autorità competente e non all'autorizzazione giudiziale in caso di indagini di competenza del pubblico ministero) può ritenersi violato il principio di equivalenza, difettando le condizioni di cui all'art. 6, par. 1, Direttiva 2014/41/UE, che consentono l'emissione di un OEI esclusivamente alle stesse condizioni di un caso interno analogo. In tal caso,

specificamente dedicata: S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 319.

¹³² Sul punto v. M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., pp. 839 s. Diversamente G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 271: «in relazione ad alcuni atti di indagine la legittimazione soggettiva del pubblico ministero e del giudice devono concorrere, poiché quest'ultimo dovrà autorizzare la richiesta del procuratore della Repubblica».

L'autorità di esecuzione dovrebbe azionare il diritto di consultazione, ma – se l'autorità di emissione dovesse confermare l'ordine – la prima si troverebbe di fronte a un bivio: riconoscere l'ordine, in quanto non sono previsti motivi di non riconoscimento specifici riguardanti la violazione dell'art. 6, par. 1, ovvero rifiutare il riconoscimento dell'ordine sulla base di altre motivazioni.

In questa seconda ipotesi, l'autorità di esecuzione potrebbe richiamare analogicamente la sentenza *H.P.*, la quale, come visto, ha ritenuto contraria al diritto dell'Unione una normativa nazionale che consenta al pubblico ministero di emettere un OEI qualora la competenza nazionale per l'atto di indagine sia di un giudice. Si potrebbe infatti sostenere, con un'interpretazione estensiva del combinato disposto degli art. 9, par. 3, e 2, lett. c) Direttiva 2014/41/UE, che l'autorità di esecuzione sia tenuta a restituire l'OEI all'autorità di emissione, in quanto trasmesso da un'autorità che in concreto non è competente ad emettere un ordine: la mancanza di un requisito procedurale imprescindibile (l'autorizzazione del GIP) per l'adozione di un atto di indagine che lo richiede (le intercettazioni) renderebbe infatti il pubblico ministero “incompetente” ai fini della Direttiva.

In ogni caso, qualora l'autorità di esecuzione non si avvedesse della mancanza di autorizzazione giudiziale nello Stato di emissione, o benché accortasi di tale irregolarità procedimentale riconosca ed esegua l'OEI, le prove così acquisite sarebbero inutilizzabili in Italia. Invero, la menzionata sentenza *H.P.* ha precisato che il decreto di riconoscimento nello Stato di esecuzione non consente di sanare un (non emendabile) vizio della procedura di emissione. Nel caso di specie, benché l'atto di indagine non sia di competenza del GIP, si può ritenere che l'emissione di un OEI senza previa autorizzazione del GIP sia un atto che manca dei presupposti necessari per la sua esecuzione e che un suo eventuale riconoscimento non sia idoneo a sanare l'irregolarità procedimentale.

Infine, vi è ancora da segnalare, come già ampiamente illustrato in precedenza, che dal lato attivo non è stato previsto in Italia il diritto per altre autorità competenti di emettere un OEI, con successiva convalida dell'autorità giudiziaria.

5.6. Cenni comparatistici

In Francia si è scelto di adottare un'impostazione simile, sotto molti punti di vista, a quella italiana. Dal lato passivo, infatti, il già citato art. 694-29 CPPF consente di eseguire sul territorio francese ordini che provengono tanto da autorità giudiziarie penali, quanto da

autorità amministrative o giudiziarie non penali. A differenza dell'Italia, però, ci si è maggiormente allineati all'impostazione della Direttiva, la quale fa riferimento ad altre autorità competenti e non solo alle autorità amministrative. Dal lato attivo, invece, la scelta è stata quella di elencare una serie di organi competenti all'emissione, tra i quali figurano esclusivamente autorità giudiziarie penali (con esclusione, dunque, di quelle amministrative e non penali); sono così competenti il *procureur de la République* (per gli atti non coercitivi), il *juge d'instruction* (per gli atti coercitivi)¹³³, la *chambre de l'instruction* e il suo presidente, così come le *juridictions du jugement ou d'application des peines* e i loro presidenti¹³⁴. A differenza dell'Italia, tuttavia, la Francia ha ritenuto opportuno disciplinare espressamente i casi in cui sia necessaria la previa autorizzazione del *juge des libertés et de la détention* (che può paragonarsi a una figura ibrida tra il GIP e il tribunale della libertà italiani), impedendo l'emissione di un OEI in assenza di tale autorizzazione (art. 694-20, par. 3, CPPF¹³⁵).

In Lussemburgo la disciplina nazionale sul tema è meno dettagliata perché si limita ad elencare le autorità competenti per l'emissione di un OEI (il *procureur d'État*, il *juge d'instruction*, e la *jurisdiction de jugement* – art. 5 l. 1° agosto 2018)¹³⁶, senza fare alcun riferimento ad un'eventuale autorizzazione per l'esecuzione di un atto di indagine da parte di un organo analogo al GIP o al *juge des libertés et de la détention*. Inoltre, anche in Lussemburgo non vi è alcun richiamo alla possibilità che un'altra autorità competente non penale possa emettere un OEI.

In Spagna, in modo non dissimile da quanto stabilito anche in Francia, vi è da operare una distinzione tra lato passivo e lato attivo. Dal primo punto di vista, infatti, il già citato art. 186 LRMRP consente il riconoscimento di un ordine proveniente tanto da autorità penali quanto da *autoridades competentes, administrativas o judiciales* (art. 186, par. 2, LRMRP¹³⁷). Dal punto di vista attivo, invece, l'art. 187, par. 1, LRMRP disegna una disciplina peculiare, in quanto annovera tra le autorità emittenti spagnole i *jueces* e i

¹³³ Così D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op.cit., p. 75.

¹³⁴ Anche la notifica effettuata ex art. 33 Direttiva 2014/41/UE comunica le stesse autorità come competenti per l'emissione di un OEI.

¹³⁵ «*Si la décision d'enquête concerne un acte exigeant l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, elle ne peut être émise qu'après l'autorisation de ce dernier*».

¹³⁶ Anche la notifica effettuata ex art. 33 Direttiva 2014/41/UE comunica le stesse autorità come competenti per l'emissione di un OEI.

¹³⁷ «*2. La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal*».

*tribunales*¹³⁸, ma limita le competenze dei *Fiscales* (l'omologo del pubblico ministero italiano) per atti di indagine che non siano «*limitativa de derechos fundamentales*»¹³⁹. Analogamente all'Italia, poi, le altre autorità come «*las autoridades policiales, administrativas o aduaneras españolas no son competentes para emitir una OEI*»¹⁴⁰.

Il Portogallo ha proceduto, da un punto di vista generale in tema di autorità di emissione, con una trasposizione quasi letterale (art. 3 l. 88/2017). Non vi è, allora, nessun dubbio che dal punto di vista passivo il Portogallo riconoscerà tutti gli ordini emessi tanto da autorità giudiziarie penali quanto da «*qualquer outra autoridade competente*». Dal lato attivo, invece, la disciplina portoghese è la più articolata di quelle sin qui esaminate. L'art. 12 l. 88/2017¹⁴¹, infatti, con i suoi sei paragrafi, elenca una serie eterogenea di autorità di emissione. In primo luogo, non manca il “classico” parallelismo tra «*autoridade judiciária*» competenti all'adozione di atti interni e OEI, con la precisazione, però, che ciò non pregiudica, nella fase delle indagini preliminari, l'autorizzazione del *juiz de instrução* quando il

¹³⁸ In particolare, in Rete Giudiziaria Europea, *Competent authorities, languages accepted, urgent matters and scope of the EIO Directive of the instrument in the EU Member States*, p. 28 sono annoverati: *Investigating courts; Central investigating courts; Criminal courts and central criminal court; Court of violence against women; Juvenile courts; Central juvenile court; Provincial Courts; Criminal chamber at the high court of justice in Autonomous Community; Criminal chamber of the national high court; Criminal chamber of the Supreme Court*.

¹³⁹ «1. Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento.

Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales.

A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

¹⁴⁰ M AGUILERA, *La orden europea de investigación: nuevas atribuciones para el ministerio fiscal*, in *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2018, 2, p. 6.

¹⁴¹ «1. É competente para emitir uma DEI a autoridade judiciária nacional com competência para a direção do processo na fase em que ele se encontra.

2. O disposto no n.º 1 não prejudica as competências do juiz de instrução para autorizar ou ordenar a prática de atos na fase de inquérito, nos termos da lei.

3. A DEI também pode ser emitida pelo membro nacional da EUROJUST, nos termos e nas circunstâncias previstas nos n.os 3 e 4 do artigo 8.º da Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril.

4. A DEI é emitida por iniciativa da autoridade judiciária ou a pedido dos sujeitos processuais, nos termos em que estes podem requerer a obtenção ou produção de meios de prova, de acordo com a lei processual penal.

5. Nos processos de contraordenação, a DEI é emitida pela entidade administrativa competente para o processamento da contraordenação, de acordo com o regime que lhe for aplicável, mediante validação pelo Ministério Público.

6. No caso previsto no artigo anterior, a validação é efetuada, no prazo máximo de 10 dias contados a partir da data da receção da DEI, pelo Ministério Público no tribunal competente para conhecer do recurso de impugnação da decisão da entidade administrativa que aplica a sanção».

suo intervento è prescritto disciplina processuale portoghese (analogamente a quanto previsto in Francia). In secondo luogo, l'art. 12, par. 3, l. 88/2017 prevede espressamente che il membro nazionale di Eurojust possa essere competente ad emettere un OEI, mentre il successivo paragrafo 5 consente l'adozione di un OEI anche alle autorità amministrative nell'ambito di procedimenti «*da contraordenação*» (una sorta di diritto penale non custodiale che consente di imporre esclusivamente multe e non anche restrizioni della libertà personale)¹⁴², sempre che tale ordine sia convalidato dal pubblico ministero.

In Germania, l'art. 91d IRG¹⁴³, dedicato alle autorità di emissione di un altro Stato membro, utilizza una tecnica legislativa caratterizzata da rinvii alla Direttiva, in quanto prevede che un OEI, per essere riconosciuto, deve essere emesso da un'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 2, lett. c), n. i) Direttiva 2014/41/UE, ovvero da un'altra autorità «*zuständig*» (competente) e necessariamente convalidato da parte di un'autorità giudiziaria. Dal lato attivo, invece, la normativa è laconica circa le autorità giudiziarie di emissione, in quanto l'art. 91j IRG si limita a imporre, richiamandoli, l'utilizzo dell'allegato A (per tutti gli atti di indagine) o dell'allegato C (per le intercettazioni che non necessitano di assistenza tecnica) alla Direttiva¹⁴⁴. Nonostante la totale assenza di riferimenti normativi, la Germania ritiene che siano competenti all'emissione di un ordine tutte le autorità giudiziarie¹⁴⁵, le autorità amministrative competenti in procedimenti per illeciti amministrativi di natura penale e le autorità fiscali ai sensi dell'art. 399 del codice tributario tedesco¹⁴⁶. Una disciplina

¹⁴² V. art. 1 DL n. 433/82, de 27 de Outubro Institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo: «*constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*».

¹⁴³ «1. Die Leistung der Rechtshilfe ist nur zulässig, wenn der ersuchende Mitgliedstaat für sein Ersuchen das in Anhang A oder in Anhang C der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebene Formblatt in der jeweils gültigen Fassung verwendet, das
1. von einer justiziellen Stelle im Sinne von Artikel 2 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung ausgestellt wurde oder
2. von einer anderen als in Nummer 1 genannten Stelle, die der ersuchende Mitgliedstaat hierfür als zuständig bezeichnet hat, ausgestellt und durch eine Stelle gemäß Nummer 1 in Abschnitt L des Formblatts aus Anhang A der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung bestätigt wurde».

¹⁴⁴ In tal senso v. anche G. PAPUCHAROVA, *Short Profiles of different European Investigation Order. Domestic Regulations in the European Union*, in *International Conference Knowledge-Based Organization*, 2019, 2, p. 171, secondo cui sarebbero competenti «*all judicial authorities, particularly the Prosecutor General of the Federal Court of Justice, the chief public prosecutor's offices, the prosecutor's offices; the central body; all criminal courts and managing authorities, which are responsible for prosecuting and punishing offences (administrative offences)*».

¹⁴⁵ In particolare, *der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof; die Staatsanwaltschaften; die Generalstaatsanwaltschaften; die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*; nonché tutti i *Strafsachen zuständigen Gerichte. Zentrale Stelle in Ludwigsburg, sowie alle für Strafsachen zuständigen Gerichte.*

¹⁴⁶ Rete Giudiziaria Europea, *Competent authorities*, op. cit., p. 14.

dettagliata, invece, è dettata per gli OEI richiesti da un'autorità amministrativa al pubblico ministero, il quale è titolare del potere di convalida dell'ordine (salvo che l'atto di indagine sia di competenza di un giudice).

Dall'analisi sin qui condotta si può evidenziare come vi sia un quadro multiforme delle legislazioni nazionali sul tema dell'autorità competente. Nonostante una certa uniformità di vedute dal punto di vista passivo, in quanto gli Stati sembrano inclini a riconoscere OEI emessi tanto da autorità giudiziarie penali, quanto da autorità non penali (se interviene una convalida delle prime), dal lato attivo il quadro legislativo diviene frammentario. La più grande differenza si può cogliere in relazione alla possibilità di emettere un OEI da parte di un'autorità amministrativa: facoltà concessa da Portogallo e Germania, ma vietata (o quantomeno non disciplinata) da Italia, Francia, Portogallo e Spagna. Un ultimo aspetto da segnalare, infine, riguarda l'autorizzazione giudiziale - concetto diverso dalla convalida sulla decisione dell'autorità amministrativa - che deve intervenire qualora la procedura dello Stato membro la richieda espressamente per determinati atti di indagine, come nel caso italiano delle intercettazioni. In Francia e in Portogallo sono state introdotte apposite disposizioni che richiedono anche per un OEI le stesse autorizzazioni imposte per un atto interno; in particolare, la Francia ha addirittura precisato che un OEI non può essere emesso se difetta dell'autorizzazione giudiziale richiesta analogamente a un caso interno analogo. Sarebbe allora il caso di introdurre, in una futuribile ipotesi di riforma del d.lgs. n. 108 del 2017, una disposizione simile a quella francese, così da fornire maggiore chiarezza interpretativa alla normativa italiana.

6. Condizioni di emissione di un OEI: rinvio

L'autorità di emissione, come sin qui analizzato, deve preliminarmente effettuare tre verifiche: l'ambito applicativo dell'OEI (posso emettere un ordine finalizzato a quel particolare tipo di indagine?), il tipo di procedimento nel quale deve operare (è un procedimento penale ovvero giudiziario o amministrativo che può dar luogo a un procedimento davanti a un organo competente in materia penale?) e la competenza (sono un'autorità tra quelle elencate nell'art. 2, lett. c)?). Se tali controlli hanno dato esito positivo, e cioè se è stata data risposta affermativa alle domande sopra prospettate, l'autorità competente dovrà procedere ad effettuare la fondamentale verifica finale prevista dall'art. 6.

L'art. 6 è infatti la norma cardine di tutto il procedimento di emissione e, come visto,

detta due regole (*rectius*: principi) indispensabili per la compiuta e regolare adozione di un ordine. Sintetizzando quanto già esposto nel Capitolo II, un OEI può essere emesso solo se avrebbe potuto essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo (principio di equivalenza); nonché se necessario e proporzionato ai fini del procedimento, tenendo in considerazione i diritti degli indagati e degli imputati (principio di necessità e proporzionalità). Un vaglio, questo, che non può che essere effettuato dall'autorità emittente, in quanto unico soggetto ad avere a disposizione l'interno compendio probatorio che può garantire una compiuta valutazione nel merito della sussistenza dei principi di equivalenza e proporzionalità. All'autorità di esecuzione, infatti, è attribuito un mero diritto di consultazione, al fine di sollecitare l'autorità di emissione a "rimeditare" l'effettiva presenza dei principi in questione. Se, tuttavia, quest'ultima ritiene di non ritirare l'OEI, la prima è tenuta a darvi esecuzione.

7. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI

Le norme sin qui analizzate hanno consentito di comprendere quali sono i tratti fondamentali di un OEI, ma ancora non sono stati descritti i requisiti essenziali per la corretta emissione di un ordine. A tal riguardo soccorre l'art. 5, par. 1, la cui struttura evidenzia due nuclei fondamentali: il primo periodo rinvia all'allegato A, richiedendo che questo sia completato e firmato – preferibilmente utilizzando il *form* digitale¹⁴⁷ – dall'autorità di emissione che è tenuta a certificare la veridicità delle informazioni contenute nello stesso; il secondo periodo, invece, richiede che in un OEI siano contenute, «in particolare», cinque «informazioni». Tra queste si annoverano «a) i dati relativi all'autorità di emissione e, laddove applicabile, all'autorità di convalida; b) l'oggetto e i motivi dell'OEI; c) le informazioni necessarie sulla persona o sulle persone interessate; d) una descrizione della condotta penale che forma l'oggetto dell'indagine o del procedimento e le disposizioni di diritto penale applicabili dello Stato di emissione; e) una descrizione dell'atto o degli atti di indagine richiesti e degli elementi di prova da ottenere».

¹⁴⁷ Consiglio dell'Unione europea, *Direttiva 2014/41/UE, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. Orientamenti e versioni pdf editabili dei moduli allegati alla Direttiva*, 5291/20, 23 gennaio 2020.

L'allegato A, il cui peso è «decisivo»¹⁴⁸ in tutta l'economia dell'OEI, cerca di “semplificare” il lavoro degli operatori del diritto, ottimizzandone i flussi¹⁴⁹, nonché migliorando la qualità e riducendo i costi di traduzione¹⁵⁰. Tra le altre, infatti, la sezione C, dedicata agli atti di indagine da compiere, prevede la possibilità di spuntare una tra le quattordici caselle riguardanti atti di indagine preimpostati e, qualora l'atto richiesto non sia presente tra le stesse (come le perquisizioni, le prove scientifiche “innominate”, tra cui l'esame del DNA e la *Blood Pattern Analysis*, le prove informatiche e quelle digitali), di descriverlo puntualmente; anche la sezione E, concernente l'identità della persona interessata, dovrebbe consentire alle autorità di procedere più agilmente. L'utilizzo dell'allegato è stato salutato al contempo con favore e con ritrosia da parte degli operatori del diritto, dal momento che, se da un punto di vista dogmatico è finalizzato a garantire l'uniformità degli OEI a livello europeo, nella pratica tale obiettivo è spesso vanificato a causa tanto di compilazioni affrettate, sommarie e parziali¹⁵¹, quanto di un'inidoneità del modello a tenere in considerazione talune situazioni che si possono verificare nella quotidianità. In particolare, alcuni problemi sono stati riscontrati quando nell'allegato A devono essere indicati i nominativi di più persone o di diverse autorità giudiziarie, oppure quando viene richiesta l'esecuzione di misure differenti¹⁵² (salvo che ciò possa nuocere alla riservatezza delle indagini)¹⁵³; inoltre, è stata segnalata una mancanza di uniformità a livello europeo in merito al riconoscimento della firma digitale al pari della firma autografa¹⁵⁴ (è il caso dell'Italia fino a prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, c.d. riforma Cartabia). Inoltre, si è suggerito di indicare, unitamente alla persona interessata dall'atto (per esempio il testimone), anche il

¹⁴⁸ Pragmatica e attenta dottrina ha evidenziato che «più che guardare al contenuto normativo, del resto piuttosto vago, [...] occorre considerare il decisivo peso che ha la “modulistica”» (S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, op. cit., p. 317).

¹⁴⁹ S. DICKER, *Die Europäische Ermittlungsanordnung: - Anspruch und wahrscheinliche Wirklichkeit bei einer Umsetzung der geplanten Richtlinie in Deutschland*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2012, 4, p. 428.

¹⁵⁰ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 4.

¹⁵¹ «Gli OEI, a volte, sono troppo brevi e mancano di informazioni fondamentali (ad esempio, con-tengono informazioni insufficienti sul perché l'atto richiesto è necessario per le indagini, mancano delle date, non danno nessuna informazione sulle persone interessate o forniscono una descrizione insufficiente dei fatti oggetto dell'indagine, in tal modo rendendo, ad esempio eccessivamente difficili i controlli sulla doppia incriminazione). Questa situazione comporta l'avvio della procedura di consultazione, che implica richieste di informazioni supplementari in base all' articolo 11, comma 4, DIR OEI». Così Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 4.

¹⁵² Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions*, op. cit., p. 3.

¹⁵³ Eurojust, *Eurojust meeting on the European investigation order. Outcome report*, 19-20 settembre 2018, p. 7.

¹⁵⁴ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 21.

nominativo dell'indagato o imputato; di descrivere nel modo più accurato possibile la condotta penale (da un punto di vista di qualificazione giuridica e fattuale¹⁵⁵) e l'atto di indagine da compiere, indicando nel caso di esame di un testimone anche una lista delle domande da porre; di precisare nella sezione D non solo gli OEI emessi in precedenza, bensì anche eventuali MAE o ordini di congelamento o confisca¹⁵⁶.

Si può dunque notare come le cinque informazioni sopra menzionate riflettano, al loro interno, tre diverse finalità. Da un lato, infatti, vi sono le lett. c) ed e) che consentono all'autorità di esecuzione di dare seguito a quanto richiesto (o di disporre un atto di indagine alternativo *ex art. 10*), dal momento che in assenza di informazioni sulle persone interessate e di una descrizione dell'atto di indagine da compiere e/o degli elementi di prova da ottenere, difficilmente sarà possibile prestare una concreta assistenza (*rectius*: cooperazione) giudiziaria.

Per contro, le lett. a) e b) permettono all'autorità di esecuzione di verificare la sussistenza dei presupposti per l'emissione di un OEI ed eventualmente di restituirlo perché adottato da un'autorità incompetente (art. 9, par. 3), di azionare la procedura di consultazione prevista dall'art. 6, par. 3, ovvero di opporre uno dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 11. Più nello specifico, si può notare come i dati relativi all'autorità di emissione non possano non essere finalizzati a un controllo circa la competenza della stessa; non viene fatto, invece, alcun riferimento all'autorità che autorizza un certo atto di indagine (come per esempio il GIP in Italia per le intercettazioni) e, quindi, deve ritenersi che tale precisazione non debba essere inserita nell'allegato A, come peraltro confermato dal combinato disposto delle due sezioni K ed L appositamente dedicate ai dettagli dell'autorità di emissione. La lett. b), invece, nel richiedere la specificazione dell'oggetto e dei motivi dell'OEI, permette all'autorità di esecuzione di vagliare la sussistenza dei presupposti di merito di un ordine, in particolare dei principi di proporzionalità ed equivalenza. La sezione G, infatti, «prega di fornire i motivi dell'emissione dell'OEI, compresi una sintesi dei fatti, una descrizione dei reati contestati o oggetto di indagine, l'indicazione della fase in cui si trovano le indagini, i motivi di eventuali fattori di rischio ed altre informazioni pertinenti».

La terza categoria di informazioni richieste dall'art. 5, lett. d), infine, consente all'autorità di esecuzione, se del caso, di opporre il motivo di rifiuto basato sulla violazione della

¹⁵⁵ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 22.

¹⁵⁶ Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018*, op. cit., p. 8.

doppia incriminazione di cui all'art. 11, lett. g)¹⁵⁷.

Se, dunque, le citate informazioni devono essere contenute in un OEI, le stesse, stante l'utilizzo della locuzione «in particolare», non esauriscono i dati che devono comparire nell'allegato A¹⁵⁸, il quale, è bene precisarlo, è l'unico formulario che consente la trasmissione di un ordine: l'utilizzo di qualsiasi altro modello permette all'autorità di esecuzione di considerare quanto ricevuto *tamquam non esset*. Tra le altre informazioni di cui all'allegato A si possono citare la sezione B riguardante l'urgenza nell'esecuzione di un OEI, la sezione F concernente il tipo di procedimento per il quale l'OEI è stato emesso, la sezione H relativa ai requisiti supplementari per determinati atti di indagine, la sezione I dedicata alle formalità e procedure per l'esecuzione dell'ordine, la sezione J destinata ai mezzi di impugnazione, nonché la sezione D che prevede di indicare se vi è un collegamento con un OEI precedente. Tutte le citate specificazioni non risultano certamente ultronee poiché, sebbene l'art. 5 non richieda che siano indicate espressamente, l'allegato A riflette l'architettura della Direttiva e quest'ultima non sarebbe efficace ed *enforceable* in assenza del primo.

Come si può, dunque, notare dalle sezioni succitate, l'autorità di emissione deve certamente rispettare il contenuto minimo di cui all'art. 5 affinché un ordine possa essere eseguito, ma contestualmente può altresì fornire una serie di dettagli aggiuntivi, con conseguenti ulteriori richieste allo Stato di esecuzione.

Tra gli *incidentalia*, non si può prescindere dall'esaminare, in primo luogo, il fondamentale requisito dell'urgenza richiamato dalla sezione B ed espressamente normato all'art. 12, par. 2¹⁵⁹. I termini massimi, pur non perentori, per il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI possono raggiungere i 120 giorni (30 per il riconoscimento e 90 per l'esecuzione), ma possono verificarsi situazioni in cui la rapidità nell'esecuzione rappresenta un requisito non negoziabile affinché l'esecuzione dell'atto di indagine non venga vanificata a causa del trascorrere del tempo, ovvero venga posta in pericolo la prosecuzione delle indagini. Inoltre, soprattutto per quei casi in cui si rendono necessarie operazioni congiunte in diversi Stati membri, vi può essere la necessità per l'autorità di emissione di richiedere l'esecuzione

¹⁵⁷ In senso parzialmente analogo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 219: «si tratta di una disposizione rivolta a consentire allo Stato di esecuzione di avere le informazioni necessarie per esercitare le proprie prerogative in ordine ai casi di non riconoscimento, di non esecuzione o di rinvio».

¹⁵⁸ Evidenziano la non esaustività dell'elencazione A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 30; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, op. cit., p. 51.

¹⁵⁹ Secondo R. BELFIORE, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 314, la previsione in esame si apprezza in quanto «*compliance with specific deadlines may be decisive for admissibility and the use of evidence in the criminal proceedings in the issuing Member State*».

dell'OEI in una data specificamente indicata¹⁶⁰. Onde fronteggiare le situazioni di urgenza, «a motivo dei termini procedurali, della gravità del reato o di altre circostanze particolarmente urgenti», nonché al fine di garantire l'esecuzione di un ordine in una data specifica, l'art. 12, par. 2, impone all'autorità di esecuzione di tenere «in massima considerazione» le citate esigenze. Chiaramente non vi è un obbligo giuridico inderogabile per l'autorità di esecuzione di dare seguito alla richiesta dello Stato di emissione ed eseguire l'atto investigativo in una data precisa o comunque in un breve lasso temporale, ma i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento impongono una proattiva collaborazione tra le autorità giudiziarie coinvolte: dal lato passivo, il rispetto delle tempistiche richieste dall'autorità emittente dovrebbe essere, almeno su un piano «deontologico» o di opportunità politica, un elemento imprescindibile¹⁶¹; dal lato attivo, invece, è necessario evitare abusi dell'urgenza, dal momento che un tale comportamento potrebbe determinare effetti negativi a lungo termine: ogni richiesta diventerebbe urgente e, di conseguenza, non sarebbe possibile eseguire l'OEI nei tempi richiesti¹⁶² e dunque sarebbe sempre opportuno motivare espressamente «*why the execution of the requested measure is urgent*»¹⁶³.

Un secondo aspetto da tenere in debito conto sono le formalità e le procedure che l'autorità di emissione può chiedere che vengano rispettate durante l'esecuzione di un OEI, al fine di «garantire l'impiego nel procedimento interno delle risultanze raccolte all'estero»¹⁶⁴. L'art. 9, par. 2, che si riflette nella sezione I (anche se previsto dalla disciplina passiva), risulta una «*provision of great importance*»¹⁶⁵ e impone all'autorità di esecuzione di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, [...] sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». Una disposizione, questa, espressione del principio della *lex fori*, che si rivela di fondamentale importanza per lo svolgimento del procedimento nello Stato di esecuzione, dal momento che il mancato rispetto di determinate formalità (si pensi,

¹⁶⁰ Vi è da evidenziare come nella pratica, quantomeno nel primo periodo successivo all'entrata in vigore della Direttiva, alcune autorità giudiziarie ritenevano che fosse possibile evadere un OEI urgente anche solo per mezzo del telefono, seguito solo successivamente dalla trasmissione formale dell'allegato A. Si veda, a tal proposito, Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions*, op. cit., p. 4.

¹⁶¹ Non sembrano essersi verificati nella pratica problemi significativi di non rispetto delle tempistiche richieste, ma sono state comunque indicate alcune buone pratiche nel caso in cui l'urgenza si manifesti a cavallo di festività o del fine settimana: Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018*, op. cit., pp. 4-5.

¹⁶² V. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, op. cit., p. 56.

¹⁶³ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁴ E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale*, op. cit., p. 1312.

¹⁶⁵ R. BELFIORE, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 314.

per quanto riguarda il codice di rito italiano, agli avvisi di cui all'art. 64 c.p.p., alla presenza del difensore, all'esame incrociato in dibattimento) potrebbe inficiare l'utilizzabilità degli atti assunti per mezzo di un OEI. Se, però, da un punto di vista dogmatico la precisazione in esame è sicuramente opportuna, da un punto di vista più pratico vi potrebbero essere delle difficoltà applicative soprattutto con riferimento alla corretta esplicazione (lato autorità di emissione) e comprensione (lato autorità di esecuzione) di quanto richiesto. Al fine di "alleviare" tali problematiche, i contatti informali tra le autorità giudiziarie coinvolte potrebbero rivelarsi indispensabili, così come altrettanto assoluto rilievo potrebbe ricoprire, in situazioni estreme, l'esecuzione concelebrata dell'OEI. In quest'ultimo caso, infatti, l'art. 9, par. 4, che si rispecchia nella seconda parte della sezione I, stabilisce che «l'autorità di emissione può chiedere che una o più autorità dello Stato di emissione partecipino all'esecuzione dell'OEI a sostegno delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», sempre che ciò non si ponga in contrasto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione e che non ne metta in pericolo la sicurezza nazionale. È proprio l'esplicito riferimento al «sostegno» che l'autorità emittente può prestare in sede esecutiva che consente di ritenere che l'istituto in esame sia finalizzato ad "oliare" gli ingranaggi della macchina della cooperazione giudiziaria, permettendo così all'autorità di emissione, nelle situazioni più complesse, di supportare l'autorità di esecuzione nel rispetto delle norme previste dalla *lex fori*, indicate nella sezione I dell'allegato A.

Al fine di garantire un elevato grado di coerenza nell'esecuzione di un OEI, l'art. 8 (riprodotto nella sezione D) impone di indicare se l'ordine emesso è collegato a uno precedente e richiede altresì che lo stesso venga certificato ai sensi dell'art. 5 da parte dell'autorità (giudiziaria) di emissione. La certificazione anche per un OEI collegato rappresenta una garanzia tanto per i soggetti coinvolti quanto per lo Stato di esecuzione, dal momento che elimina in radice la possibilità di aggiramento dell'art. 2 lett. c); in tal modo, infatti, si evita una prima emissione da parte di un'autorità competente, seguita da successive emissioni ad opera di autorità non titolate all'adozione di un OEI. Infine, è ancora opportuno sul punto segnalare come l'art. 8, par. 2, sia espressione di una volontà efficientistica della Direttiva, in quanto consente, nel corso di un'esecuzione concelebrata, di far pervenire un OEI integrativo all'autorità competente per il tramite del "punto di contatto" presente nello Stato di esecuzione.

Il quarto elemento incidentale che può essere presente in un OEI è l'indicazione dei

mezzi di impugnazione che sono stati azionati nello Stato di emissione (art. 14, par. 5, e sezione J). Basti in questa evidenziare come, a differenza di quanto sin qui rilevato, l'autorità di emissione non è meramente facoltizzata, ma è obbligata a specificare le eventuali impugnazioni azionate dalle persone interessate, in quanto il tenore letterale dell'art. 14, par. 5, (le autorità competenti «si informano reciprocamente») non sembra lasciare spazio a interpretazioni differenti (per quanto comunque la possibilità che venga presentata un'impugnazione nello Stato emittente prima dell'esecuzione dell'atto di indagine è ipotesi estremamente remota, soprattutto in Italia e in particolar modo nella fase delle indagini dove generalmente vige il segreto investigativo). La *ratio* di una simile disposizione è comunque chiara: consentire allo Stato che dovrebbe dare seguito all'ordine di sospendere l'esecuzione qualora tale possibilità sia prevista dalla relativa normativa interna.

Inoltre, non si può prescindere dal richiamare autorevoli atti di *soft law* che suggeriscono di trasmettere, unitamente all'allegato A, anche «il provvedimento interno a scopo informativo, a seconda del caso in questione: ad esempio, nei casi in cui è richiesto un atto coercitivo, al fine di spiegare i motivi giuridici di questo atto, in particolare quando lo Stato membro di esecuzione è a sua volta tenuto a emettere un provvedimento giudiziario»¹⁶⁶. Una buona prassi, questa, che potrebbe permettere di evitare eventuali consultazioni tra le autorità giudiziarie coinvolte, accelerando così le tempistiche per il riconoscimento e l'esecuzione, nonché di prestare una maggiore attenzione alla tutela dei diritti fondamentali, in quanto l'autorità di esecuzione sarebbe posta nella condizione di valutare più attentamente il rispetto dei requisiti di cui all'art. 6 Direttiva 2014/41/UE. Il tutto con una precisazione: in mancanza di una traduzione del provvedimento posto alla base di un OEI, sarà comunque difficile immaginare che l'autorità di esecuzione (pur con tutti i *software* esistenti di traduzione) possa comprenderne appieno il significato. Peraltro, una soluzione parzialmente analoga è stata adottata dal legislatore europeo con il Regolamento 2018/1805/UE, i cui artt. 4 e 14 consentono allo Stato di esecuzione di richiedere, unitamente al certificato di congelamento o confisca, anche una copia non tradotta dell'ordine che ne è alla base. Sembra, dunque, che tanto gli atti di *soft law* quanto quelli di *hard law* siano stati animati da un bilanciamento di interessi: da un lato, vi è la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo; dall'altro, un pragmatismo efficientista che vuole garantire una cooperazione giudiziaria rapida e,

¹⁶⁶ Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 6. Di diverso avviso L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 65.

per certi versi, informale. Il punto di equilibrio raggiunto, pur sbilanciato verso questo secondo aspetto, sembra tuttavia essere – allo stato – un buon compromesso.

Vi è, infine, da domandarsi quali possano essere le conseguenze di una errata, parziale o non comprensibile o non corretta compilazione dell'allegato A da parte dell'autorità emittente. Per fornire una risposta a tale quesito è necessario distinguere tra vizi nella compilazione che consentono comunque di adottare una decisione sul riconoscimento e sull'esecuzione di un OEI e vizi che, al contrario, la rendono impossibile. Nel primo caso, benché la Direttiva rimanga silente sul punto, si è in presenza di vizi innocui cui l'autorità di esecuzione può verosimilmente supplire anche senza chiedere chiarimenti all'autorità di emissione. Al contrario, l'art. 16, par. 2, lett. a), disciplina *expressis verbis* la situazione in cui l'autorità di esecuzione si trovi nell'impossibilità di «adottare una decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto», imponendo alla stessa di informare «l'autorità di emissione immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile». Quest'ultimo riferimento è indicativo del fatto che i contatti tra le autorità coinvolte possano essere anche del tutto informali (ad esempio una telefonata o una semplice e-mail) e la *ratio* della disposizione sembra essere un'espressione dei principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca, in quanto l'obiettivo prefissato è quello di salvaguardare la cooperazione giudiziaria. In altre parole, benché l'art. 11 non elenchi un motivo di rifiuto basato sull'errata compilazione di un ordine, l'art. 16, par. 2, parrebbe consentire all'autorità di esecuzione di “non decidere” perché impossibilitata a comprendere l'OEI¹⁶⁷; tuttavia, proprio al fine di evitare tale inconveniente, è stato previsto un obbligo (l'utilizzo del verbo “informare” all'indicativo presente depone in tal senso) per le autorità di esecuzione di informare quella di emissione, al fine di dirimere la controversia interpretativa ed eventualmente consentire alla seconda di emettere un OEI emendato. Se, tuttavia, i chiarimenti dell'autorità di emissione non sono sufficienti o non sono stati forniti, l'autorità di esecuzione rimarrà nell'impossibilità di dare seguito all'ordine ricevuto, con il rischio di creare una situazione di stallo. Come visto, infatti, non vi è alcun motivo di non riconoscimento dedicato al tema, ma in ogni caso l'autorità di esecuzione non può adottare una decisione in senso positivo, atteso che sarebbe poi materialmente impossibile procedere all'esecuzione dell'OEI. In altre parole, si viene a creare

¹⁶⁷ Di diverso avviso A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 30, il quale ritiene che l'ordine possa essere rifiutato («*abgelehnt*»).

una situazione intermedia tra il riconoscimento e il rifiuto: il silenzio (rifiuto) ovvero la trasmissione di una comunicazione che attesti l'impossibilità di eseguire l'atto richiesto.

7.1. *Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Italia*

Il contenuto (necessario) di un OEI italiano è disciplinato dall'art. 30 d.lgs. n. 108 del 2017, il quale rispecchia, anche se con qualche ambiguità, l'omologo art. 5 Direttiva 2014/41/UE. Invero, l'art. 30 prescrive di compilare il «modello di cui all'allegato A»¹⁶⁸ e richiede che, nello stesso, siano presenti almeno¹⁶⁹ cinque informazioni tra quelle ivi elencate. In buona sostanza, anche l'art. 30 d.lgs. n. 108 del 2017 sembra distinguere tra informazioni che devono essere necessariamente presenti e altre che, al contrario, rivestono una natura facoltativa e possono essere completate solo se necessario.

Tra le informazioni fondamentali vengono elencati «a) i dati relativi all'autorità di emissione; b) l'oggetto e le ragioni sulle quali si fonda; c) i dati utili all'individuazione della persona o delle persone interessate dal compimento dell'atto richiesto; d) la descrizione sommaria del fatto per cui si procede e l'indicazione delle norme di legge violate; e) una sintetica descrizione dell'atto d'indagine o di prova richiesti». Come si può notare, la norma in questione traspone l'omologa disposizione europea «adattando» alcune formulazioni letterali al linguaggio utilizzato dal codice di rito (per esempio «una descrizione della condotta penale» diviene «la descrizione sommaria del fatto per cui si procede»), ma tradisce una grande differenza. La lett. a), infatti, impone che nell'allegato A siano indicati «i dati relativi all'autorità di emissione», ma nessun riferimento è fatto all'autorità di convalida; una scelta, questa, che conferma la volontà del legislatore italiano di legittimare all'emissione di un OEI esclusivamente le autorità giudiziarie, non anche altre autorità (amministrative, di polizia o doganali) come quelle che procedono, ad esempio, ai sensi della l. n. 689 del 1981.

Con riferimento ai sopra richiamati *incidentalia*, il d.lgs. n. 108 del 2017 non prevede, dal punto di vista attivo, il caso in cui vi siano ragioni di urgenza che giustificano, ai sensi dell'art. 12, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, l'esecuzione con tempistiche molto brevi o a data

¹⁶⁸ Con atteggiamento pragmatico, F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, p. 7, ritiene che «una volta riempito il modello, si ritiene che possano essere eliminate le parti non necessarie nel caso specifico. Ciò renderà più agevole la consultazione del documento evitando altresì inutili spese di traduzione».

¹⁶⁹ Il Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., ha fornito una serie di raccomandazione per la compilazione dell'allegato A, specificando che, ove ne ricorrano i presupposti, devono essere compilati anche le sezioni che non rimandano direttamente alle cinque informazioni richieste dall'art. 30 d.lgs. n. 108 del 2017.

fissa. Tale omissione legislativa non sembra, tuttavia, ostativa alla possibilità per l'autorità procedente di domandare che l'OEI sia eseguito nel più breve tempo possibile o in una data determinata, in quanto la sezione B dell'allegato A è rubricata «urgenza» e consente di indicare «se sussiste un'urgenza dovuta ad occultamento o distruzione di prove; all'imminenza della data del processo; ad altri motivi». Al contrario, però, la disciplina interna si premura che, dal lato passivo, si provveda «al riconoscimento e all'esecuzione nel più breve termine indicato [e pertanto anche una data prestabilita] dall'autorità di emissione quando sussistono ragioni di urgenza o di necessità».

Per contro, è presa espressa posizione sulle formalità e sulle procedure che l'autorità richiesta deve seguire durante l'esecuzione di un OEI. A differenza, però, dell'art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, il quale prevede – come visto – che lo Stato richiesto «si attiene» a quanto indicato dall'autorità di emissione, sancendo così una sorta di diritto potestativo di quest'ultima nel richiedere il rispetto di talune formalità, l'art. 33 d.lgs. n. 108 del 2017 opta per una scelta “concertata”: l'autorità di emissione, infatti, «concorda con l'autorità di esecuzione le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori». E tra questi diritti e facoltà deve essere ricompresa anche l'informazione di garanzia e sul diritto di difesa (artt. 369 e 369 *bis* c.p.p.)¹⁷⁰.

Prevedendo un accordo tra le autorità, la sopra prospettata *ratio* dell'esecuzione celebrata di un OEI, individuata nel fine di dissipare eventuali incomprensioni circa il rispetto di determinate formalità richieste dall'autorità di emissione, viene meno. Ciononostante, dal momento che la partecipazione dell'autorità di emissione all'esecuzione di un OEI può rispondere anche ad altre finalità, quale può essere quella di far porre le domande corrette a un testimone o chiedere a un consulente tecnico un approfondimento istruttorio, dal momento che l'intero compendio probatorio è conosciuto solo dalla stessa autorità emittente, l'art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017 disciplina analiticamente la «partecipazione all'esecuzione dell'ordine di indagine». L'art. 29 può essere definito come una norma a due fattispecie, in quanto il primo e il secondo comma sono riferiti, rispettivamente, alla possibilità di celebrazione di un OEI del pubblico ministero e del giudice. Se in questo secondo caso non paiono presentarsi problemi degni di nota, atteso che linearmente si prevede che il giudice che ha emesso l'ordine possa «chiedere all'autorità di esecuzione di partecipare

¹⁷⁰ Così G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 271.

direttamente all'esecuzione dell'ordine», alcuni dubbi sorgono, al contrario, in relazione alla prima ipotesi. Invero, l'art. 29, comma 1, oltre a stabilire che il pubblico ministero (personalmente o per mezzo di ufficiali di polizia giudiziaria delegati) possa partecipare all'esecuzione dell'ordine, prevede che «a tal fine il procuratore della Repubblica può promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune». Come si è visto in precedenza, però, la Direttiva espressamente esclude dal suo ambito applicativo l'istituzione di una SIC e la raccolta di prove nell'ambito della stessa; da ciò sembra conseguire che la disposizione in esame si ponga in aperto contrasto con l'art. 3 Direttiva 2014/41/UE. Se, infatti, il pubblico ministero dopo aver emesso un OEI promuove la costituzione di una SIC, le prove non possono che venire raccolte nell'ambito di quest'ultima: circostanza però vietata dall'art. 3 Direttiva 2014/41/UE. Ne consegue che il secondo e il terzo periodo dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017, così come il comma 3 del medesimo articolo, dovrebbero essere disapplicati in quanto in contrasto con la disciplina unionale.

Nulla quaestio, invece, con riferimento a un ordine di indagine collegato a uno precedente: l'art. 34 d.lgs. n. 108 del 2017, sebbene sintatticamente differente, rispecchia nella sostanza l'omologo art. 8 Direttiva 2014/41/UE.

Al contrario, il d.lgs. n. 108 del 2017 non prende posizione sulla necessità di compilare la sezione J dell'allegato A avente ad oggetto i mezzi di impugnazione azionati in Italia prima della trasmissione dell'ordine. A prescindere dal fatto che la circostanza che un atto di indagine sia impugnato in Italia prima della trasmissione dell'OEI è ipotesi di impossibile (o quantomeno remota) applicazione¹⁷¹, che potrebbe forse verificarsi qualora il pubblico ministero voglia procedere con un accertamento tecnico non ripetibile *ex art.* 360 c.p.p. e la difesa dell'indagato abbia nelle more formulato riserva di incidente probatorio e promosso lo stesso entro dieci giorni dalla citata riserva (anche se non si è al cospetto di un'impugnazione nel senso letterale del termine), la compilazione della sezione J dell'allegato A sarebbe comunque un atto dovuto se un'impugnazione venisse effettivamente presentata. E ciò sulla base dell'art. 14, par. 5, Direttiva 2014/41/UE, il quale prevede che l'autorità di emissione e di esecuzione «si informano reciprocamente» degli eventuali mezzi di impugnazione azionati.

Infine, il d.lgs. n. 108 del 2017, con una scelta “eccentrica” rispetto all'architettura sistematica della Direttiva, codifica un “innovativo” motivo di rifiuto dell'OEI, non elencato in

¹⁷¹ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 840.

quelli previsti dall'art. 11 Direttiva 2014/41/UE: l'ordine non può essere riconosciuto o eseguito, secondo la disciplina interna, se «risulta incompleto ovvero le informazioni in esso contenute sono manifestamente erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto» (art. 10, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 108 del 2017)¹⁷². Tuttavia, come visto, l'art. 16, par. 2, Direttiva 2014/41/UE prevede che l'autorità di esecuzione informi l'autorità di emissione se è «impossibile [per la stessa] adottare una decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto», non anche la possibilità di opporre un motivo di non riconoscimento o non esecuzione. Impossibilità di adottare una decisione e rifiuto di un ordine sono due concetti distinti e non sovrapponibili tra loro, con la conseguenza che la normativa italiana, ancora una volta, pare porsi in contrasto con quella europea e, pertanto, dovrebbe essere disapplicata¹⁷³. Sarebbe dunque stato preferibile che il legislatore italiano avesse introdotto una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 16, par. 2, Direttiva 2014/41/UE (senza prevedere un motivo di non riconoscimento), che consenta all'Italia, in qualità di autorità di esecuzione, di informare l'autorità di emissione in merito a riscontrati e insanabili vizi nella compilazione dell'ordine.

7.2. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Francia

In Francia, così come in Italia, l'art. D47-1-2 della *partie réglementaire au code de procédure pénal* (PR-CPPF)¹⁷⁴ stabilisce che un OEI debba essere redatto utilizzando l'allegato A alla Direttiva, mentre l'art. 694-21 CPPF precisa quali sono gli elementi che devono essere indicati nel «*formulaire*», di cui cinque hanno natura obbligatoria, mentre altri due sono facoltativi.

Con riferimento ai primi, la formulazione letterale è quasi del tutto identica a quella della Direttiva, ad eccezione del n. 5) dell'art. 694-21 CPPF. Quest'ultimo, infatti, compendia in sé una parte mandatoria e una facoltativa. La prima consiste nel dovere di indicare la

¹⁷² La Relazione illustrativa, op. cit., p. 6, non sembra giustificare una simile scelta, in quanto si limita a precisare che «si è scelto di seguire quasi alla lettera la previsione della Direttiva, salvo le modifiche necessarie per rendere la disciplina compatibile con l'ordinamento italiano. L'incompletezza non emendata dell'OEI o le contraddizioni in esso contenute con riguardo all'atto richiesto ne rendono impossibile l'esecuzione e quindi costituiscono motivo di rifiuto».

¹⁷³ Analogamente, P. SPAGNOLO, *I presupposti*, op. cit., p. 273; M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1037.

¹⁷⁴ «*Toute décision d'enquête européenne émise par une des autorités judiciaires mentionnées à l'article 694-20 est rédigée en utilisant le formulaire figurant à l'annexe A de la Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*».

descrizione dell'atto di indagine richiesto e delle prove da ottenere (al pari dell'art. 5, n. 5), Direttiva n. 2014/41/UE), mentre la seconda consente allo Stato di emissione di illustrare allo Stato di esecuzione le eventuali formalità da rispettare (art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE).

In relazione, invece, ai due elementi puramente facoltativi, è necessario osservare come uno riguardi il collegamento con un precedente OEI e l'altro il requisito dell'urgenza. Più nello specifico, l'art. 694-21, n. 6, CPPF impone di indicare, laddove necessario («*le cas échéant*») il riferimento a un OEI precedente che completa quello nuovo; mentre l'art. 694-21, n. 7, CPPF implementa nell'ordinamento francese l'art. 12, par. 2, Direttiva 2014/41/UE con una formulazione letterale, anche in questo, quasi identica. Sarà, dunque, possibile, per la Francia come autorità di emissione, chiedere all'autorità di esecuzione che l'OEI sia eseguito in un periodo più breve di quattro mesi (120 giorni secondo la Direttiva) o in una data specifica, qualora i termini processuali siano in scadenza («*délais de la procédure*»), in ragione della gravità del reato («*gravité de l'infraction*») o per altri motivi di particolare urgenza («*d'autres circonstances particulièrement urgentes*»).

Per quanto riguarda i mezzi di impugnazione, l'art. D47-1-4 PR-CPPF¹⁷⁵ stabilisce che l'autorità di esecuzione deve essere informata degli eventuali ricorsi presentati in Francia, nonché del loro esito, stabilendo così indirettamente un obbligo di compilazione della sezione J dell'allegato A.

Infine, la legislazione francese non manca di disciplinare espressamente le conseguenze di un ordine incompleto. A differenza dell'Italia che ha introdotto il generico motivo di rifiuto di un OEI basato sul presupposto di un ordine incompleto o completato in modo manifestamente erroneo, l'art. D47-1-12 PR-CPPF¹⁷⁶ si allinea maggiormente a quanto sancito dall'art. 16, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, in quanto stabilisce che «*la décision est renvoyée à l'autorité d'émission pour régularisation*». Non, dunque, un motivo di rifiuto, che comporterebbe la necessità di emettere un nuovo OEI, bensì una restituzione dell'ordine finalizzata alla sua regolarizzazione.

¹⁷⁵ «*Si un recours est formé contre la décision d'enquête européenne, le magistrat ayant émis cette décision en informe l'autorité d'exécution, ainsi que de l'issue de ce recours*».

¹⁷⁶ «*Si la décision d'enquête n'a pas été émise ou validée par une autorité judiciaire, ou si elle n'a pas été rédigée ou traduite en langue française ou si l'annexe A n'est pas complète, la décision est renvoyée à l'autorité d'émission pour régularisation*».

7.3. *Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Lussemburgo*

La legislazione lussemburghese si apprezza per una triplice peculiarità: da un lato, traspone letteralmente alcune disposizioni della Direttiva; dall'altro, rimane silente su una serie di aspetti; infine, implementa l'ipotesi di concelebrazione e di emissione di un ordine collegato a uno precedente in maniera quasi del tutto indipendente rispetto alla Direttiva.

Innanzitutto, per ciò che riguarda la trasposizione letterale, l'art. 4 l. 1° agosto 2018 stabilisce che l'OEI deve essere emesso con le forme di cui all'allegato A e deve contenere le cinque informazioni necessarie già elencate dall'art. 5 Direttiva 2014/41/UE (i dati dell'autorità giudiziaria, gli obiettivi e i motivi dell'ordine, le informazioni necessarie sulle persone coinvolte, una descrizione dei fatti e delle disposizioni di diritto penale ritenute violate, una descrizione degli atti di indagine richiesti e delle prove che si vogliono ottenere).

Anche la possibilità di indicare formalità e procedure allo Stato di esecuzione è disciplinata con un'implementazione quasi identica. A differenza di Italia e Francia, in cui la normativa di recepimento ha previsto il diritto per lo Stato di emissione di indicare espressamente formalità e procedure a cui lo Stato di esecuzione deve attenersi, l'art. 13 l. 1° agosto 2018 (al pari dell'art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE) prescrive infatti che «*l'autorité judiciaire luxembourgeoise respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission*»; *a contrario*, dunque, una lettura possibile consente di ritenere che se il Lussemburgo, come autorità di esecuzione, deve rispettare le altrui formalità, a maggior ragione potrà chiedere che vengano rispettate quelle dallo stesse richieste. Tale interpretazione, peraltro, è avvalorata dalla presenza della sezione I dell'allegato A, espressamente rubricata «formalità e procedure richieste per l'esecuzione».

Nessuna attenzione, per contro, è prestata dalla legge del Gran Ducato in relazione ai casi di urgenza e di comunicazione dei mezzi di impugnazione azionati nello Stato di emissione. Anche in questo caso, tuttavia, il Lussemburgo può richiedere che l'OEI sia eseguito con urgenza e/o indicare che vi è stata un'impugnazione avverso l'ordine emesso in virtù della presenza delle sezioni B e J dell'allegato A, dedicate ai casi in questione.

Una disciplina peculiare è invece dettata per l'esecuzione concelebrazata degli OEI e la possibilità di emettere un OEI collegato con uno precedente. Il paragrafo 1 dell'art. 8 l. 1° agosto 2018¹⁷⁷ non sembra suscitare particolari problemi interpretativi, dal momento che

¹⁷⁷ «1. *L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut demander qu'elle ou plusieurs autres personnes assistent les autorités compétentes de l'État d'exécution dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la*

stabilisce – in linea con la Direttiva – che l'autorità lussemburghese è titolata a chiedere di partecipare all'esecuzione dell'OEI nello Stato richiesto. Al contrario, l'art. 8 l. 1° agosto 2018¹⁷⁸ sembra creare maggiori problematiche, in quanto prevede che l'autorità giudiziaria lussemburghese, che si trova sul territorio dello Stato richiesto ai fini dell'esecuzione concelebrata dell'OEI, possa emettere un ordine complementare. Si può dunque notare una lampante differenza rispetto alla Direttiva, la quale disciplina separatamente i casi di concelebrazione (art. 9, par. 4) e di emissione collegata (art. 8): il Lussemburgo ha, invece, optato per una crasi tra i due istituti, della cui legittimità si può forse dubitare.

Infine, un ultimo punto degno di attenzione, che si allinea in *toto* alla disciplina europea, è previsto dall'art. 20, par. 1, n. 1, l. 1° agosto 2018¹⁷⁹, il quale prende in considerazione l'ipotesi in cui l'ordine trasmesso, per mezzo dell'allegato A, sia incompleto o manifestamente errato. In tal caso, infatti, l'autorità lussemburghese «*informe*» l'autorità di emissione immediatamente e «*par tout moyen disponible*» della circostanza in questione.

7.4. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Spagna

La normativa spagnola non ha mancato di trasporre quasi tutti i contenuti della Direttiva sin qui analizzati, ad eccezione dell'informazione allo Stato di esecuzione di eventuali mezzi di impugnazione azionati in Spagna in qualità di autorità di emissione. L'art. 24, par. 2, LRMRP¹⁸⁰, infatti, prevede un obbligo di comunicazione, ma nel caso in cui la Spagna agisca come autorità di esecuzione, non anche nella situazione opposta. Tale mancanza, tuttavia, può essere supplita dalla sezione J del *anexo XIII* (l'omologo dell'allegato A della Direttiva), ove si richiede di indicare «*si ya se ha interpuesto algún recurso contra la emisión de la OEI*».

La compilazione dell'allegato XIII è, infatti, imposta dall'art. 188 LRMRP, il quale detta altresì sei contenuti minimi che devono essere indicati. I primi cinque sono analoghi a quelli

mesure où les personnes désignées pourraient les assister dans l'exécution des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure nationale similaire».

¹⁷⁸ «3. Lorsqu'à l'occasion de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, l'autorité judiciaire luxembourgeoise se transporte sur le territoire de l'État d'exécution, elle peut y émettre une décision d'enquête européenne en complément de la précédente décision».

¹⁷⁹ 1. L'autorité judiciaire luxembourgeoise informe l'autorité d'émission, immédiatement et par tout moyen disponible:

1° s'il est impossible de prendre une décision sur la reconnaissance ou l'exécution en raison du fait que le formulaire prévu à l'annexe A est incomplet ou manifestement incorrect».

¹⁸⁰ «2. La autoridad judicial competente comunicará a la autoridad judicial del Estado de emisión tanto la interposición de algún recurso y sus motivos como la decisión que recaiga sobre el mismo».

richiesti dall'art. 5 Direttiva 2014/41/UE, mentre il sesto rappresenta una peculiarità spagnola che si pone comunque in linea con la normativa europea: è previsto che l'autorità di emissione spagnola indichi «*las formalidades, procedimientos y garantías*» che devono osservati dall'autorità di esecuzione.

Il medesimo art. 188 LRMRP, al paragrafo 2, disciplina un altro elemento incidentale nell'emissione di un OEI e nella compilazione dell'allegato XIII: la connessione dell'ordine con uno precedente. In tal caso, è stabilito che l'autorità spagnola possa emettere «*una [OEI] complementaria*», compilando la dedicata sezione D dell'allegato XIII, e trasmetterla allo Stato di esecuzione ovvero, se ivi sono presenti autorità spagnole in virtù di un'esecuzione concelebrata (art. 191 LRMRP¹⁸¹), direttamente a queste ultime.

Non manca, inoltre, una disposizione espressamente dedicata ai casi di urgenza nell'esecuzione di un OEI. L'art. 189, par. 2, LRMRP¹⁸², infatti, consente all'autorità di emissione spagnola di richiedere che l'esecuzione dell'ordine avvenga con tempistiche ridotte («*un plazo más corto*») rispetto alla disciplina generale (120 giorni) ovvero in un data specifica («*en una fecha concreta*»), qualora i termini processuali siano in scadenza, in relazione alla gravità del delitto per cui si procede o a causa di «*otras circunstancias particularmente urgentes*».

Infine, anche le conseguenze della trasmissione di un ordine incompleto o manifestamente errato sono normate in linea con quanto stabilito dalla Direttiva: l'art. 212, par. 2, LRMRP¹⁸³ dispone che l'autorità di esecuzione «*informará*» l'autorità di emissione se è impossibile «*adoptar una resolución*» a causa delle mancanze nella compilazione dell'allegato XIII.

7.5. Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Portogallo

¹⁸¹ «*La autoridad española competente, justificando las razones por las que lo considera conveniente, podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional*».

¹⁸² «*2. La autoridad española competente podrá indicar en la orden que se requiere un plazo más corto que el previsto con carácter general para la ejecución de la medida, o que la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta. Esta petición se fundamentará de manera expresa en los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes*».

¹⁸³ «*2. No obstante lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 206, la autoridad competente española encargada de la ejecución informará sin dilación a la autoridad de emisión en los casos siguientes: a) Si es imposible adoptar una resolución de reconocimiento y ejecución debido a que el formulario del anexo XIII está incompleto o es manifiestamente incorrecto, o no estuviese traducido al castellano o a alguna de las lenguas admitidas por España*».

Il Portogallo, che come già osservato è uno dei Paesi che ha trasposto la Direttiva in modo più fedele, anche sui punti in esame si pone in linea di continuità con la normativa sovranazionale.

In primo luogo, ai fini dell'emissione di un OEI, l'art. 6 l. 88/2017 impone di utilizzare l'«*anexo I*» (l'allegato A della Direttiva), all'interno del quale è previsto l'obbligo di indicare le cinque informazioni minime di cui all'art. 5 Direttiva 2014/41/UE. Inoltre, il successivo art. 11 l. 88/2017¹⁸⁴ consente all'autorità emittente portoghese di domandare all'autorità di esecuzione il rispetto di «*formalidades*» e «*procedimentos*» richiesti dal codice di rito portoghese, con la precisazione che l'autorità di emissione può ritirare l'ordine qualora lo Stato di esecuzione non possa adempiere alle prescrizioni richieste dall'autorità di emissione.

Anche l'emissione di un OEI complementare e i requisiti di urgenza non si allontanano dalla Direttiva. In relazione al primo, l'art. 14 l. 88/2017¹⁸⁵ prevede che per l'emissione di un ordine emesso «*em complemento*» di un altro deve essere compilata la sezione D dell'allegato A e, al contempo, consente che l'OEI sia trasmesso alle autorità dello Stato di emissione presenti nello Stato richiesto ai fini dell'esecuzione concelebrata di un ordine (art. 15 l. 88/2017¹⁸⁶).

Sempre analogamente a quanto previsto dall'art. 12, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, il Portogallo detta in maniera indiretta la possibilità per le proprie autorità di emissione di richiedere l'esecuzione in un tempo più breve di 120 giorni o in una data specifica. L'art. 26, par. 3, l. 88/2017¹⁸⁷, infatti, stabilisce che l'autorità di esecuzione portoghese debba tenere in

¹⁸⁴ «3. A DEI indica, se for caso disso, as formalidades e procedimentos particularmente exigidos na obtenção ou produção do meio de prova, de acordo e com referência às disposições legais aplicáveis, solicitando o seu cumprimento à autoridade de execução, de modo a garantir a validade e eficácia da prova.

4. A autoridade de emissão pode decidir retirar a DEI se, na sequência de contactos estabelecidos pela autoridade de execução, esta considerar que não se encontram preenchidas as condições estabelecidas no n.º I».

¹⁸⁵ «1. Sendo uma DEI emitida em complemento de outra, é assinalado esse facto na secção D do formulário constante do anexo I à presente lei.

2. Se coadjuvar a execução, nos termos do artigo seguinte, a autoridade de emissão pode, enquanto se encontrar no Estado de execução, emitir e entregar diretamente uma DEI complementar à autoridade de execução, sem prejuízo da competência que os Estados envolvidos tenham atribuído à respetiva autoridade central».

¹⁸⁶ «1. A autoridade de emissão pode solicitar à autoridade de execução que autoridades e agentes do Estado de emissão com competência em matéria de investigação coadjuvem as autoridades de execução».

¹⁸⁷ «3. A autoridade de execução leva em conta, na medida em que for possível, a declaração da autoridade de emissão de que é necessário o cumprimento da DEI num prazo mais curto, devido aos prazos processuais, à gravidade da infração ou a outras circunstâncias que imponham particular urgência, ou de que a medida deve ser executada numa determinada data».

massima considerazione le «*declaração*» dell'autorità di emissione che instano affinché l'atto di indagine sia compiuto rapidamente o in una data specifica. *A contrario*, dunque, si può ritenere che il Portogallo possa anch'esso richiedere il rispetto di tali circostanze, soprattutto alla luce del fatto che la sezione B dell'allegato A espressamente prevede tale facoltà.

Sul tema dei ricorsi, ancora una volta, l'art. 45 l. 88/2017¹⁸⁸ si pone in continuità con l'omologa disposizione europea, prevedendo che le autorità di emissione e di esecuzione si informano reciprocamente degli eventuali «*recursos interpostos*» nei rispettivi Stati.

Infine, l'art. 20 l. 88/2017¹⁸⁹ disciplina l'ipotesi in cui l'OEI sia trasmesso in modo incompleto o manifestamente errato, stabilendo che, in tali situazioni, l'autorità di esecuzione «*informa*» quella di emissione, chiedendo che l'ordine sia «*completado o corrigido*».

7.5. *Contenuto, forma ed elementi facoltativi di un OEI in Germania*

Tra le legislazioni sin qui esaminate, la Germania è quella con una disciplina “minimalista” per tutti gli aspetti oggetto di indagine.

Dal punto di vista attivo, infatti, l'unica disposizione che può essere evidenziata è l'art. 91j, par. 1, IRG¹⁹⁰, il quale stabilisce che un OEI debba essere emesso utilizzando l'allegato A (o l'allegato C in tema di intercettazioni), debitamente modificato di volta in volta. Non viene, dunque, fatto alcun riferimento a informazioni che devono necessariamente essere indicate nell'allegato A, ma si deve ritenere che quelle elencate l'art. 5 Direttiva 2014/41/UE debbano essere necessariamente presenti, atteso il carattere sufficientemente preciso e incondizionato dello stesso. Ogni altra informazione, al contrario, è facoltativa e può essere indicata nell'allegato A, che deve essere adeguato alle necessità del caso concreto.

7.7. *Brevi riflessioni comparatistiche*

Da un'analisi comparata delle sinottiche legislazioni italiana, francese, lussemburghese,

¹⁸⁸ «6. A autoridade de emissão e a autoridade de execução informam -se mutuamente acerca dos recursos interpostos na sequência da emissão, reconhecimento e execução de uma DEI».

¹⁸⁹ «2. Se a DEI não respeitar o disposto no artigo 6.º, por o formulário constante do anexo I à presente lei se mostrar preenchido de forma incompleta ou manifestamente incorreta ou por não se encontrar traduzida nos termos do n.º 5 do artigo 18.º, a autoridade nacional de execução informa a autoridade de emissão, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 25.º, solicitando que este seja devidamente completado ou corrigido ou traduzido».

¹⁹⁰ «1. Für ausgehende Ersuchen ist das in Anhang A oder in Anhang C der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebene Formblatt in der jeweils gültigen Fassung zu verwenden».

spagnola e portoghese¹⁹¹, si può innanzitutto notare come tutte quante richiedano la compilazione dell'allegato A al fine della trasmissione dell'ordine, nel quale devono essere obbligatoriamente indicate le informazioni previste dall'art. 5 Direttiva 2014/41/UE.

A queste ultime, la Spagna affianca il dovere di indicare le formalità e le procedure da rispettare nello Stato di esecuzione, ma è l'unico dei cinque Paesi esaminati ad aver previsto un simile obbligo. Francia e Portogallo, infatti, prescrivono una mera facoltà; l'Italia adotta la via della concertazione (l'autorità di emissione non indica le formalità da rispettare, ma le concorda con l'autorità di esecuzione); il Lussemburgo tace sul punto ma la possibilità è ricavabile *a contrario* dal dovere per tale Paese, in qualità di Stato di esecuzione, di rispettare le formalità richieste, nonché dal rinvio all'allegato A.

Il requisito dell'urgenza è un altro tema che ha diviso i legislatori nazionali, in quanto da un lato vi è chi ha espressamente stabilito che l'autorità di emissione possa indicare un termine breve o una data fissa entro il quale eseguire un OEI (Francia e Spagna); dall'altro, invece, chi ha disciplinato il tema solo dal lato passivo e, di conseguenza, la possibilità di indicare ragioni d'urgenza risulta ricavabile solo in maniera indiretta (Italia, Lussemburgo e Portogallo).

Un ultimo tema che merita un approfondimento riguarda il caso in cui un OEI sia incompleto o manifestamente errato, dal momento che l'Italia è stata l'unico Paese ad introdurre un motivo di rifiuto basato proprio sull'incompletezza o sulla manifesta erroneità dell'ordine. Al contrario, Lussemburgo, Spagna e Portogallo hanno implementato quasi letteralmente la Direttiva, stabilendo che l'autorità di esecuzione sia tenuta a informare prontamente quella di emissione, al fine di correggere, integrare o ritirare l'ordine. La Francia, infine, si è posta su un binario intermedio, in quanto non ha previsto né un motivo di rifiuto né un dovere di informazione, ma ha creato un obbligo di rinvio dell'OEI all'autorità di emissione per la regolarizzazione.

Alla luce dell'analisi svolta, si può concludere nel senso che la disciplina italiana pare rispettosa sotto molti aspetti della Direttiva 2014/41/UE, ma contiene due profili che possono essere migliorati. In primo luogo, sarebbe stato più opportuno precisare che l'autorità di emissione possa indicare un termine breve o una data fissa entro il quale eseguire l'OEI (anche tale, come visto, non pare determinare effetti negativi). Un intervento emendativo da

¹⁹¹ Si può, in questa sede, evitare ogni riferimento alla Germania, la quale, come visto, ha adottato un'impostazione minimalista che non consente una compiuta analisi comparata.

cui non si può prescindere, invece, riguarda la già prospettata abrogazione del motivo di rifiuto basato sull'incompletezza o manifesta erroneità dell'ordine, in quanto tale motivo di non riconoscimento non è previsto dall'art. 11 Direttiva 2014/41/UE e, come noto, tali motivi hanno carattere tassativo e non possono essere integrati dalle discipline nazionali. Sarà allora doveroso, per il legislatore nazionale, oltre a procedere nel citato senso dell'abrogazione dell'art. 10, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 108 del 2017, introdurre una disposizione che rispecchi l'art. 16, par. 2, lett. a), Direttiva 2014/41/UE e che riporti la normativa italiana nei binari della legalità europea.

8. La trasmissione di un OEI all'autorità di esecuzione

Una volta emesso, l'OEI deve giungere a destinazione: la trasmissione allo Stato di esecuzione configura il secondo passaggio del ciclo vitale di un OEI (emissione, trasmissione, riconoscimento, esecuzione) e, nel consentire un contatto diretto tra le autorità coinvolte senza filtri politici, rappresenta un elemento chiave degli strumenti di mutuo riconoscimento.

L'art. 7 Direttiva 2014/41/UE stabilisce infatti che «l'OEI completato conformemente all'articolo 5 è trasmesso dall'autorità di emissione all'autorità di esecuzione» e «qualsiasi ulteriore comunicazione ufficiale avviene direttamente tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione». Dalla formulazione dell'art. 7 si possono trarre tre considerazioni. In primo luogo, viene confermato il rapporto diretto non solo per il primo contatto fra autorità di emissione e autorità di esecuzione, bensì anche per tutti quelli che dovessero rendersi necessari successivamente¹⁹², così da rafforzare il principio del mutuo riconoscimento e da velocizzare le comunicazioni reciproche. In secondo luogo, nel momento in cui stabilisce che l'OEI è «completato conformemente all'art. 5», conferma l'ipotesi sopra prospettata della distinzione tra *fundamentalialia* e *incidentalialia* di un OEI: le cinque informazioni richieste dall'art. 5 sono obbligatorie (al pari del dovere di traduzione di cui *infra*), in quanto

¹⁹² A titolo esemplificativo si possono ricomprendere la trasmissione dell'allegato B; la procedura di consultazione *ex art.* 6, par. 3; l'emissione di un OEI collegato a un OEI precedente (art. 8); il ricorso dell'autorità di esecuzione a un atto di indagine alternativo o diverso (art. 10, par. 1 e 3); comunicazione all'autorità di emissione dell'impossibilità di eseguire l'ordine (art. 10, par. 5); procedura di consultazione preventiva *ex art.* 11, par. 4; informazione all'autorità di emissione dell'impossibilità di rispettare il termine richiesto (art. 11, par. 5); il trasferimento delle prove (art. 13); le comunicazioni reciproche sui mezzi di impugnazione (art. 14); il rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione (art. 15); i numerosi obblighi di informazioni disciplinati all'art. 16.

richiamate anche dall'art. 7, mentre le altre ricomprese nell'allegato A meramente facoltative. Infine, non si può non sottolineare come la trasmissione abbia ad oggetto esclusivamente l'OEI, non anche di tutti gli atti di indagine eseguiti nello Stato di emissione: una chiara estrinsecazione del principio di fiducia reciproca che non è però stata esente da critiche. Vi è, infatti, chi ritiene – a ragion veduta – che avrebbe dovuto essere prevista anche la trasmissione del provvedimento che è alla base dell'OEI, così da consentire all'autorità di esecuzione di meglio comprendere il contenuto dell'ordine¹⁹³ e di verificare la sussistenza di motivi di non riconoscimento o non esecuzione.

Se il rapporto diretto tra autorità è la regola, vi può però essere un'eccezione. La Direttiva disegna infatti anche la possibilità che gli Stati istituiscano una o più autorità centrali «per assistere le autorità competenti» o per affidare loro «la trasmissione e la ricezione amministrative dell'OEI e della relativa corrispondenza ufficiale» (art. 7, par. 3). Bisogna, però, sgombrare il campo da ogni equivoco: l'autorità centrale non è l'omologa dell'autorità politica nel sistema mutuo-assistenziale, in quanto i suoi compiti rivestono una natura puramente amministrativa e non possono in alcun modo influenzare o ribaltare la decisione sull'emissione, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle autorità nazionali coinvolte¹⁹⁴. Si è di fronte, in altre parole, ad un filtro *ad adiuvandum* (una sorta di «*boîte-aux-lettres*»¹⁹⁵), finalizzato a sostenere le autorità di emissione e di esecuzione nei loro reciproci rapporti. A titolo esemplificativo, l'autorità di emissione può domandare all'autorità centrale istruzioni sul completamento dell'allegato A, così come può richiedere di individuare l'autorità di esecuzione competente nello Stato richiesto (individuazione che può essere effettuata anche tramite i punti di contatto della RGE, così come previsto dall'art. 7, par. 5).

Anche per l'autorità centrale, così come per le autorità di emissione e di esecuzione, la Direttiva impone agli Stati membri un obbligo di notifica alla Commissione europea in relazione alla loro avvenuta istituzione. Da una disamina delle varie legislazioni, si può notare come i Paesi abbiano adottato differenti approcci: oltre la metà ne ha ritenuto superflua

¹⁹³ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in G. UBERTIS (a cura di), *Investigazioni e prove transazionali*, Giuffrè, 2017, p. 61.

¹⁹⁴ Similmente anche M.R. Marchetti, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 833, secondo cui «la precisazione “amministrativa” rende evidente come il legislatore europeo abbia voluto evitare l'interferenza di autorità diverse da quella giudiziaria».

¹⁹⁵ M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne*, op. cit., p. 881.

l'indicazione¹⁹⁶; un altro corposo gruppo ne ha istituita una¹⁹⁷; Croazia, Lituania e Romania ne hanno individuate due, rispettivamente per la fase delle indagini e quella dibattimentale; la Francia addirittura tre.

8.1. *L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente*

Una delle maggiori difficoltà pratiche degli operatori del diritto consiste nell'esatta individuazione dell'autorità competente nello Stato di esecuzione, soprattutto quando l'ordine è rivolto a Paesi territorialmente estesi e che presentano un elevato numero di autorità giudiziarie come l'Italia. In queste situazioni, l'autorità di emissione è tenuta a svolgere le dovute verifiche al fine di trasmettere l'OEI all'autorità competente e, a tal fine, può, oltre a effettuare una verifica sull'*Atlas* della RGE, farsi assistere tanto dall'autorità centrale del proprio Stato (se esistente), quanto dal magistrato di collegamento di Eurojust o dal punto di contatto della RGE (art. 7, par. 4).

In ogni caso, qualora l'individuazione dell'autorità di esecuzione fosse errata e, di conseguenza, l'OEI venisse trasmesso a un'autorità incompetente, l'art. 7, par. 6, impone a quest'ultima di trasmettere d'ufficio l'ordine all'omologa autorità nazionale competente, informandone al contempo quella di emissione. Una simile previsione è certamente da apprezzare, atteso che simboleggia la collaborazione interstatale ed evita un duplice passaggio (la restituzione allo Stato di emissione e una nuova trasmissione all'autorità competente) che dilaterrebbe in modo ingiustificato le tempistiche.

8.2. *Le modalità di trasmissione: verso l'utilizzo del Regolamento e-codex?*

Le modalità di trasmissione sono, nella prassi, uno degli scogli più difficile da superare, in quanto la Direttiva si limita a stabilire che l'OEI è trasmesso «con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta in condizioni che permettano allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità» (art. 7, par. 1), per poi precisare che «l'autorità di emissione può trasmettere l'OEI mediante il sistema di telecomunicazione della Rete giudiziaria europea (RGE), istituita mediante l'azione comune 98/428/GAI» (art. 7, par. 4).

Tralasciando per il momento il secondo aspetto, si può notare come la disciplina generale

¹⁹⁶ Belgio, Bulgaria, Croazia, Estonia, Germania, Ungheria, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia.

¹⁹⁷ Austria, Cipro, Finlandia, Grecia, Italia, Malta, Polonia, Portogallo.

richiede due requisiti fondamentali: la possibilità di conservare una traccia scritta e quella di verificare l'autenticità di quanto trasmesso. Sulla necessità di conservare traccia scritta *nulla quaestio*, in quanto è sufficiente fare ricorso a uno strumento diverso da un contatto orale: lettera o plico raccomandato contenenti l'originale cartaceo, telefax, email e pec sono strumenti sicuramente idonei, sebbene alcuni, stante il progresso tecnologico, andranno probabilmente incontro a un'utilizzazione sempre più ridotta¹⁹⁸.

Il problema più spinoso sorge in relazione alla necessità di garantire l'autenticità di quanto trasmesso¹⁹⁹. Infatti, se le lettere, i plichi raccomandati e i telefax sembrano consentire, almeno nella maggior parte delle ipotesi, che il contenuto degli stessi provenga effettivamente dal mittente indicato, dal momento che è sufficiente verificare l'indirizzo dell'autorità mittente o il numero di telefax, problemi maggiori si riscontrano con mail e pec. È accaduto, nella pratica, che alcune autorità utilizzassero domini mail non appartenenti all'istituzione di appartenenza (per esempio hotmail.it o gmail.it anziché giustizia.it), mentre non tutti gli Stati riconoscono il valore di una pec²⁰⁰, con conseguente difficoltà nel verificare l'autenticità del mittente. Tale ultima problematica, tuttavia, non esaurisce i rischi che una trasmissione non criptata e/o non certificata può sollevare, dal momento che possono potenzialmente manifestarsi fughe di notizie che rischiano di mettere a repentaglio il corretto svolgimento delle indagini e di ledere i diritti fondamentali dell'individuo, primo fra tutti quello alla riservatezza.

Ecco allora che l'utilizzo del sistema di telecomunicazioni criptato della RGE può superare al contempo al rilevato problema di affidabilità degli scambi di mail/pec e alla lentezza delle comunicazioni a mezzo posta ordinaria. Tuttavia, una simile soluzione non è stata accolta favorevolmente da numerosi *practitioners*, in quanto il sistema di telecomunicazioni della RGE è pensato per scambi di informazioni tra punti di contatto della rete stessa e, pertanto, non consente un rapporto diretto tra l'autorità di emissione e quella di

¹⁹⁸ Vi è comunque da segnalare che nelle prime applicazioni pratiche alcuni Stati non ha ritenuto sufficiente la trasmissione a mezzo mail, ma hanno richiesto anche una successiva spedizione a mezzo del servizio postale. Così Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁹ Eurojust, *Eurojust meeting*, op. cit., p. 9.

²⁰⁰ L. SCOMPARIN ET AL., *Abbreviated National Report – Italy*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione.

esecuzione²⁰¹. Si consideri, ancora, che il considerando 13 fa espresso riferimento anche alla trasmissione di un OEI per mezzo di Eurojust, ma è stato evidenziato come l'agenzia europea in questione non disponga inequivocabilmente di una linea sicura²⁰² e, di conseguenza, i problemi di affidabilità tornerebbero a manifestarsi.

De iure condito, dunque, le autorità nazionali coinvolte sono tenute ad operare un bilanciamento costo/opportunità tra lentezza del plico postale e maggiori garanzie di sicurezza dei dati, da un lato, e speditezza delle comunicazioni telematiche e possibile fuga di notizie, dall'altro.

De iure condendo, invece, il nuovo sistema e-CODEX²⁰³ – previsto dal Regolamento 2022/850/EU, relativo a un sistema informatizzato per lo scambio elettronico transfrontaliero di dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale – dovrebbe divenire la base per la trasmissione di tutte le comunicazioni riguardanti gli strumenti di mutuo riconoscimento, tra cui l'OEI. Il Regolamento, infatti, è stato adottato proprio al fine di garantire «lo scambio elettronico transfrontaliero di dati relativi ai casi in modo rapido, diretto, interoperabile, sostenibile, affidabile e sicuro, sempre nel rispetto del diritto alla protezione dei dati personali» (considerando 3), dal momento che la digitalizzazione permette di «rafforzare lo Stato di diritto e le garanzie dei diritti fondamentali nell'Unione» (considerando 4). Ancor più nello specifico, «l'obiettivo del sistema e-CODEX è migliorare l'efficienza della comunicazione transfrontaliera tra autorità competenti» (considerando 7), anche grazie al supporto dell'agenzia dell'Unione europea Eu-LISA²⁰⁴ che ne ha assunto il controllo dal gennaio 2023, e «offre al settore della giustizia una soluzione interoperabile per collegare i sistemi IT delle autorità nazionali competenti» (considerando 8), con conseguente possibilità di scambiare *file* di testo, registrazioni sonore, visive o audio-visive, nonché ogni altro *file* o metadati strutturati o non strutturati. In buona sostanza, il nuovo Regolamento e-CODEX dovrebbe consentire di superare i problemi applicativi che si sono verificati sinora, dal momento che coniuga allo stesso tempo la rapidità, l'affidabilità e la sicurezza delle comunicazioni, con possibilità di scambio di ogni tipologia di *file*, anche di

²⁰¹ M. ŠEPEC-T. DUGAR- J. STAJNKO, *European Investigation Order – A Comparative Analysis of Practical and Legal Dilemmas*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione.

²⁰² A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 22.

²⁰³ E-CODEX è l'acronimo di «*e-Justice Communication via Online Data Exchange system*».

²⁰⁴ Eu-LISA è un'agenzia dell'Unione europea istituita con regolamento 2018/1726/UE per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

ingenti dimensioni. Sarebbe pertanto fondamentale promuovere ampiamente la conoscenza del Regolamento e-CODEX e che gli Stati membri investissero risorse economiche e umane per garantire alle autorità nazionali coinvolte un punto di accesso al sistema, al fine di proseguire quella transizione digitale della giustizia che è sempre più necessaria in virtù (o a causa) dell'incessante avanzare della tecnologia.

8.3. *La trasmissione di un OEI nella disciplina italiana, francese, lussemburghese, spagnola, portoghese e tedesca*

La norma di riferimento della disciplina italiana è l'art. 32 d.lgs. n. 108 del 2017, il quale non si discosta, nella sostanza, dall'art. 7 Direttiva 2014/41/UE. È infatti previsto che l'OEI sia trasmesso direttamente dall'autorità di emissione a quella di esecuzione (e per conoscenza al ministero della giustizia e al *desk* italiano di Eurojust²⁰⁵, nonché al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo²⁰⁶) «con modalità idonee a garantire l'autenticità della provenienza», consentendo così una trasmissione con tutte le modalità sopra elencate (posta ordinaria, plico raccomandato, telefax, mail²⁰⁷, pec); soprattutto, la formulazione generica della norma in esame, permetterà di far ricorso (in un futuro auspicabilmente prossimo, ma concretamente purtroppo probabilmente remoto) al sistema e-CODEX. L'autorità di emissione, inoltre, ai fini della trasmissione potrà avvalersi dell'ausilio, se necessario²⁰⁸, dell'autorità centrale (*i.e.* il ministero della giustizia²⁰⁹) e della RGE (art. 32, comma 2), la quale potrà fornire il proprio supporto anche per l'individuazione dell'autorità di esecuzione competente (art. 32, comma 3). Infine, qualora sia stato trasmesso un OEI a un'autorità italiana incompetente, quest'ultima è tenuta a inoltrare gli atti alla procura distrettuale competente dandone comunicazione all'autorità di emissione e, qualora vi fossero conflitti positivi o negativi di competenza, troveranno applicazione gli artt. 54, 54 *bis* e 54 *ter* c.p.p. (art. 4, comma 6, d.lgs. n. 108 del 2017).

²⁰⁵ Così F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo*, op. cit., p. 10.

²⁰⁶ Art. 27, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017.

²⁰⁷ F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo*, op. cit., p. 9 precisa che «la trasmissione potrà avvenire anche tramite email alla quale andrà allegato l'ordine in formato PDF immodificabile e relativa traduzione».

²⁰⁸ La Relazione illustrativa, op. cit., p. 19, come l'art. 32 prevede che «possa essere richiesto l'ausilio del Ministero "se necessario", in caso cioè di difficoltà nelle comunicazioni con l'autorità di esecuzione o quando insorgano questioni sulla provenienza e autenticità dell'atto, conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva».

²⁰⁹ L'art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce che «ai fini del presente decreto si intende per: [...] f) Autorità centrale: il Ministero della giustizia».

La legislazione francese è simile a quella italiana e in linea con la Direttiva. L'art. 694-23 CPPF²¹⁰ prescrive infatti che l'OEI è trasmesso direttamente alle autorità dello Stato di esecuzione con ogni mezzo che consenta di lasciare una traccia scritta e di stabilirne l'autenticità, tra i quali figura il sistema di telecomunicazioni della RGE (art. D47-1-1 PR-CPPF²¹¹), la quale può, inoltre, fornire assistenza per l'individuazione dell'autorità di esecuzione nello Stato straniero (art. D47-1-2, par. 4, PR-CPPF²¹²). Dal punto di vista passivo, invece, se un'autorità francese è incompetente a riconoscere ed eseguire l'ordine, lo trasmette senza ritardo all'omologa competente e ne dà immediato avviso all'autorità di emissione (art. 694-30, par. 4, CPPF²¹³).

Il Lussemburgo presenta una disciplina in parte più scarna, dal momento che non fa alcun riferimento alla RGE, ma per altri aspetti si pone in linea con la Direttiva (e con Italia e Francia). L'art. 7 l. 1° agosto 2018²¹⁴ prevede infatti il doppio requisito della tracciabilità e della garanzia di autenticità, mentre il successivo art. 12, par. 2²¹⁵, cristallizza il principio di salvaguardia di un OEI, stabilendo che l'autorità incompetente del Gran Ducato deve trasmettere l'ordine a quella competente, informando al contempo l'autorità di emissione.

Anche in Spagna non vi sono differenze significative tra la Direttiva e la normativa di recepimento da segnalare. Il dato interessante, tuttavia, risiede nella tecnica legislativa

²¹⁰ «La décision d'enquête européenne est transmise directement aux autorités compétentes de l'Etat d'exécution par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et d'en établir l'authenticité. Toute autre communication officielle est effectuée directement entre le magistrat mandant et l'autorité d'exécution».

²¹¹ «Le magistrat ayant émis une décision d'enquête européenne ou chargé de l'exécution d'une telle décision consulte directement et par tout moyen approprié, y compris par le biais du système de télécommunications du Réseau judiciaire européen, l'autorité étrangère d'exécution ou d'émission pour faciliter la reconnaissance et l'exécution de la décision, notamment pour régler toute difficulté relative à la transmission ou à l'authenticité d'un document nécessaire à l'exécution de cette décision».

²¹² «Si le magistrat émettant la décision d'enquête européenne ignore l'identité de l'autorité d'exécution, il peut solliciter cette information via les points de contact du Réseau judiciaire européen».

²¹³ «Si le magistrat saisi n'est pas compétent, il transmet sans délai la décision d'enquête au procureur de la République ou au juge d'instruction compétent et en informe immédiatement l'Etat d'émission».

²¹⁴ «1. La décision d'enquête européenne est transmise par l'autorité judiciaire luxembourgeoise à l'autorité d'exécution par tout moyen permettant de laisser une trace écrite, dans des conditions permettant à l'Etat d'exécution d'en établir l'authenticité.

2. Toute autre communication officielle est effectuée directement entre l'autorité judiciaire luxembourgeoise et l'autorité d'exécution».

²¹⁵ «Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise qui reçoit la décision d'enquête européenne n'est pas compétente pour la reconnaître ou prendre les mesures nécessaires en vue de son exécution, elle la transmet d'office à l'autorité d'exécution compétente et elle en informe l'autorité d'émission».

adottata, in quanto le modalità di trasmissione sono regolate dagli artt. 8²¹⁶ e 16²¹⁷ LRMRP, i quali sono inseriti nella parte generale (valevole per tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento) della LRMRP e prevedono, rispettivamente, un contatto diretto tra autorità coinvolte, salvaguardando la tracciabilità e l'affidabilità di un OEI (con eventuale aiuto della RGE), e la trasmissione d'ufficio dall'autorità incompetente a quella competente.

Come già osservato in plurime occasioni, il Portogallo è uno degli Stati che ha recepito più fedelmente la Direttiva e, anche in questo settore, si rivela un esempio virtuoso; l'unica differenza risiede nell'attribuzione di un importante ruolo di Eurojust nella procedura di emissione, il quale nella Direttiva era previsto esclusivamente dal considerando 13 e non anche nella parte precettiva (art. 13 e 19, par. 9²¹⁸, l. 88/2017).

La Germania, invece, a differenza degli altri Stati, non dedica alcuna disposizione alle procedure di trasmissione e si deve pertanto ritenere che possano trovare applicazione

²¹⁶ «1. La transmisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo, así como cualquier otra notificación practicada con arreglo a esta Ley, se hará directamente a la autoridad judicial competente del Estado de ejecución, a través de cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan acreditar su autenticidad.

2. Cuando no se conozca la autoridad judicial de ejecución competente, se solicitará la información correspondiente por todos los medios necesarios, incluidos los puntos de contacto españoles de la Red Judicial Europea (RJE) y demás redes de cooperación existentes.

3. Los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en esta Ley podrán transmitirse a la autoridad judicial competente, recabándose la colaboración del Miembro Nacional de España en Eurojust cuando proceda, de conformidad con las normas reguladoras del mismo».

²¹⁷ «1. Las autoridades judiciales españolas competentes reconocerán y ejecutarán sin más trámites que los establecidos en esta Ley, en el plazo estipulado en ella para cada caso, la orden o resolución cuya ejecución ha sido transmitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro.

2. La resolución que declare que la autoridad judicial que ha recibido la orden o resolución carece de competencia para ejecutarla deberá acordar también su remisión inmediata a la autoridad judicial que entienda competente, notificando dicha resolución al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial del Estado de emisión».

²¹⁸ «1. A DEI é transmitida diretamente pela autoridade de emissão à autoridade de execução, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito e em condições que permitam determinar a sua autenticidade.

2. A DEI pode ser transmitida através do sistema de telecomunicações da Rede Judiciária Europeia, a que se refere a Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de dezembro de 2008.

3. As comunicações subsequentes relativas à DEI são efetuadas diretamente entre a autoridade de emissão e a autoridade de execução.

4. As dificuldades respeitantes à transmissão ou à autenticidade de documentos necessários à execução são tratadas por contacto direto entre as autoridades judiciárias.

5. Pode ser solicitada a assistência da autoridade central, do membro nacional da EUROJUST ou dos pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia, designadamente para identificação da autoridade competente para a execução.

6. Sem prejuízo do apoio da EUROJUST que se mostrar necessário à coordenação da execução, a autoridade nacional de emissão informa o membro nacional daquela nos casos em que forem transmitidas decisões europeias de investigação no âmbito do mesmo processo a, pelo menos, dois Estados membros, em conformidade com o disposto no artigo 9.º -A da Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril».

diretta quelle della Direttiva²¹⁹.

In conclusione, la normativa italiana su questo specifico settore è in linea tanto con la Direttiva quanto con gli altri Paesi oggetto di indagine e, pertanto, non necessita di interventi correttivi.

9. La lingua

Uno dei più grandi ostacoli che presenta la cooperazione giudiziaria a livello unionale è costituito dalla mutua (in)comprensione linguistica degli ordini trasmessi. Tra i 27 Paesi che prendono parte alla Piccola Europa, infatti, sono ben 24 le lingue ufficiali (senza considerare le oltre 60 riconosciute), ognuna delle quali affonda le radici in tradizioni secolari differenti, appartenenti oggi sostanzialmente a otto macro-gruppi: le lingue neolatine (italiano, rumeno, spagnolo, portoghese, francese); le lingue germaniche (tedesco, danese, svedese, olandese, inglese); le lingue slave (polacco, slovacco, bulgaro, croato, sloveno, ceco); le lingue baltiche (lituano, lettone); le lingue greche (greco moderno); le lingue celtiche (irlandese); le lingue uraliche (finlandese, ungherese, estone); le lingue semitiche (maltese). Se tra quelle appartenenti allo stesso gruppo le difficoltà di comprensione sono limitate (si pensi a spagnolo e italiano), tra gruppi differenti diventano quasi insuperabili (ad esempio tra italiano e finlandese)²²⁰.

Nonostante l'immensa importanza che riveste la comprensione delle comunicazioni reciproche tra Stati, la Direttiva non ha valorizzato adeguatamente la tematica in questione: solo il considerando 14, l'art. 5, par. 2 e 3, e l'art. 33 affrontano il problema linguistico, ma in modo parziale. Nello specifico, la norma cardine è il citato art. 5, il quale consente (e secondo taluni punti di contatto della RGE impone)²²¹ agli Stati membri di indicare una o

²¹⁹ Così K. AMBOS-P. RACKOW-A. HEINZE, *The European Investigation Order – a German Perspective*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione. Analogamente la relazione illustrativa del Progetto di legge di modifica della IRG (*Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Drucksache 18/9757*, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/097/1809757.pdf>, pp. 23 s.), la quale ritiene che non sia necessaria un'implementazione delle modalità di trasmissione («*Gesetzlicher Umsetzungsbedarf besteht nicht*»), dal momento che, in linea di principio, l'IRG non prevede requisiti formali particolari per le altre forme di assistenza giudiziaria («*Das IRG sieht für die sonstige Rechtshilfe grundsätzlich keine besonderen Formvorschriften vor*»).

²²⁰ Per una disamina più approfondita v. F. FANCIULLO, *Introduzione alla linguistica storica*, Il Mulino, 2013, pp. 202 ss.

²²¹ Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018*, op. cit., p. 5.

più lingue ufficiali dell'UE al fine di «completare o tradurre l'OEI»²²² (non anche il provvedimento alla base dell'ordine che può eventualmente essere trasmesso, come un decreto di sequestro), in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione o in altro idioma dallo stesso accettato e indicato alla Commissione europea tramite la procedura di notificazione *ex art.* 33, par. 1, lett. b). Quest'ultima, è bene evidenziarlo, rappresenta un passaggio indispensabile, in quanto – come una sorta di pubblicità notizia – consente all'autorità di emissione di tradurre e trasmettere l'allegato A in una lingua accettata nello Stato di esecuzione.

Si può osservare, analizzando le notificazioni degli Stati membri alla Commissione, che molti di essi sembrano essere restii ad accettare gli OEI in una lingua diversa da quella ufficiale, nonostante un incoraggiamento in tal senso sia offerto dal considerando 14. In particolare, gli atteggiamenti dei Paesi si possono distinguere in cinque macro-aree: il gruppo più numeroso, composto da 13 Stati, accetta un OEI trasmesso tanto nella propria lingua quanto in inglese (Belgio, Bulgaria, Cipro, Estonia, Finlandia, Grecia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Olanda, Romania, Slovenia); un secondo gruppo accetta l'inglese solo in situazioni di urgenza o in casi particolari (Croazia, Polonia, Svezia, Ungheria); il terzo non ammette altro che la propria lingua ufficiale (Francia, Germania, Italia, Repubblica Ceca²²³); il quarto affianca al proprio idioma quello di un Paese confinante (Portogallo, Slovacchia, Spagna); infine, l'Austria ha optato per il principio di reciprocità, consentendo allo Stato di emissione di trasmettere l'ordine nella propria lingua se lo stesso accetta il tedesco (allo stato, oltre alla Germania, Belgio, Lussemburgo e Italia, anche se quest'ultima in forza di un trattato bilaterale).

Come visto, dunque, la Direttiva prevede un obbligo di traduzione dell'OEI e ne fornisce la versione da completare in tutte le lingue dell'Unione europea, ma non lo accompagna con una sanzione in caso di inadempimento: si è in presenza, in altre parole, di una *lex imperfecta*, dal momento che non vi sono motivi di rifiuto posti a presidio del rispetto della norma in esame. Certo è che, però, se lo Stato richiesto riceve un ordine in una lingua allo stesso incomprensibile, è impossibile pensare che possa portarlo in esecuzione. In tali situazioni,

²²² Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 13 sottolinea che «*it is mandatory for EIOs to be issued and signed in the original language. Only after the EIO is available in the original language should the official EIO form/template in (one of) the accepted language(s) of the executing Member State be used for the translation*». Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 6 ha altresì raccomandato di «tradurre solo le parti del modulo che sono state compilate dall'autorità di emissione, per evitare traduzioni imprecise»; così anche Eurojust, *Eurojust meeting*, op. cit., p. 8.

²²³ Per dovere di precisione, la Repubblica ceca ammette altresì lo slovacco.

se non si considerano le remote possibilità che la persona fisica che ha ricevuto l'ordine parli la lingua dello Stato emissione, è verosimile che vi sia un contatto informale tra autorità di esecuzione e autorità di emissione finalizzato ad ottenere la traduzione dell'allegato A. Si deve, infatti, disincentivare la pratica di ricorrere a *software* di traduzione che possono causare «*problems or misunderstanding*»²²⁴.

Vi è però da domandarsi se i citati contatti informali poggino le basi sull'impalcatura della Direttiva. L'art. 7, par. 1, stabilisce che «l'OEI è completato conformemente all'articolo 5» (che impone l'obbligo di traduzione) e il successivo art. 16, par. 2, lett. a) prevede che «l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile: a) se è impossibile per l'autorità di esecuzione adottare una decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto». Si deve allora ritenere che un ordine possa considerarsi incompleto quando non sia tradotto in una delle lingue ufficiali o accettate dello Stato di esecuzione²²⁵ e che, di conseguenza, al fine di evitare una “non decisione”, l'autorità di esecuzione sia tenuta a informare l'autorità omologa nello Stato di emissione.

Il procedimento appena descritto sembra non sollevare problematiche legate alle tempistiche di esecuzione nei casi “ordinari”, ma può contrastare con i casi di urgenza indifferibile, dal momento che la procedura di consultazione, anche se informale, può non avvenire immediatamente; così come non è contestuale l'eventuale traduzione richiesta dallo Stato di esecuzione. Se non si tengono in considerazione le prassi adottate da alcune autorità di eseguire l'OEI in attesa della ricezione della relativa traduzione²²⁶, che si allineano con i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento ma che non sono contemplate dalla Direttiva, vi è da domandarsi se quest'ultima non avrebbe potuto “osare di più” e prevedere, quantomeno per i casi di urgenza, ma in modo ancor più ottimale per tutti gli OEI, l'obbligo di accettare una lingua comune (l'inglese) per tutti gli Stati. La risposta non può che essere

²²⁴ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 14.

²²⁵ Così anche Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions*, op. cit., p. 4; Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 6.

²²⁶ M. ŠEPEC-T. DUGAR-J. STAJNKO, *European Investigation Order*, op. cit., in corso di pubblicazione.

affermativa²²⁷, dal momento che l'inglese è lingua di dominio comune²²⁸, utilizzata in tutti i convegni internazionali, nell'ambito delle istituzioni europee²²⁹ e per le notificazioni effettuate ex art. 33 Direttiva 2014/41/UE (nonché «*the main language of global science and technology*»²³⁰, così come «*aviation, computing, diplomacy, and tourism*»²³¹), che permette di mitigare le problematiche derivanti da un basso livello qualitativo delle traduzioni, nonché di evitare difficoltà di reperimento di traduttori giuridici esperti in lingue di uso non comune (a titolo esemplificativo estone e maltese); proprio perché è una lingua parlata da milioni di persone in Europa, gli interpreti e traduttori formati sono di più agevole rinvenimento rispetto a quelli di idiomi meno diffusi e, soprattutto, il loro lavoro è più agilmente “verificabile”. Si pensi a un pubblico ministero italiano che deve trasmettere un OEI in Grecia: se l'allegato A è tradotto in inglese, il PM può controllare che il contenuto sia rispondente a quanto richiesto (o completarlo lui stesso personalmente); al contrario, se l'allegato A è in lingua greca che, come noto, è caratterizzata da un alfabeto riportante segni grafici diversi da quelli in uso in Italia, sarà pressoché impossibile che il pubblico ministero possa verificare la correttezza di quanto tradotto.

In conclusione, si può auspicare un duplice scenario, uno di natura normativa e uno di natura pratica. Il primo, al momento non all'orizzonte, anche alla luce dei successivi strumenti di mutuo riconoscimento che ancora non hanno uniformato la tematica della lingua degli ordini, consisterebbe nel prevedere una riforma della Direttiva, imponendo agli Stati di accettare un OEI trasmesso in lingua inglese. In attesa della riforma, sarebbe comunque opportuno che fossero gli Stati membri a farsi carico del problema e che notificassero alla Commissione europea la loro intenzione di accettare, quantomeno per i casi di urgenza, un

²²⁷ Nello stesso senso v. Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018*, op. cit., p. 5: «*the EJN Contact Points continue to call upon Member States to include at least one other language than their official language/s to be used for the EIO; English being the best solution as it is widely spoken among practitioners*». In termini Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions*, op. cit., p. 4; D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit. p. 71.

²²⁸ Secondo N. HOCAOĞLU BAHADIR, *The official language status of English within the EU institutions after Brexit*, in *Eastern Journal of European Studies*, 2020 1, p. 305, l'inglese «*is generally accepted as a lingua franca not just in the EU but also in the world*».

²²⁹ J. KRUSE-U. AMMON, *Language competence and language choice within EU institutions and their effects on national legislative authorities*, in A. BERTHOUD-F. GRIN-G. LÜDI (a cura di), *Exploring the Dynamics of Multilingualism. The DYLAN Project*, John Benjamins Publishing Company, 2013, p. 174.

²³⁰ J. CENOZ-U. JESSNER, *Introduction*, in J. CENOZ-U. JESSNER (a cura di), *English in Europe. The Acquisition of a Third Language*, Multilingual Matters Ltd, 2000, p. VII.

²³¹ B. GENÇ-E. BADA, *English as a World Language in Academic Writing*, in *The Reading Matrix*, 2010, 10, p. 143.

ordine tradotto in inglese, al fine di rafforzare il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca²³². In tal modo, verrebbe cristallizzata normativamente una prassi adottata in molti Stati, in virtù della quale, nei casi di urgenza, le autorità tendono ad essere «*flexibile and willing*»: viene iniziata l'esecuzione, soprattutto nei casi in cui l'OEI è stato trasmesso in inglese, in attesa della ricezione dell'ordine tradotto in una lingua ufficiale²³³.

9.1. La lingua in Italia

In Italia, l'art. 32 d.lgs. n. 108 del 2017 traspone la corrispondente disposizione dell'art. 5 Direttiva 2014/41/UE e obbliga l'autorità di emissione a tradurre l'ordine di indagine nella lingua ufficiale, o in altra lingua indicata alla Commissione, dello Stato di esecuzione. La norma non è però accompagnata da una espressa sanzione processuale; pertanto, se un ordine viene trasmesso non tradotto e ciononostante eseguito non vi sarà alcuna invalidità.

Dal punto di vista passivo, invece, la normativa italiana non prende posizione e sembra rimettere al prudente apprezzamento delle singole procure distrettuali il vaglio in merito al riconoscimento di un ordine trasmesso in una lingua diversa dall'italiano. L'Italia ha, infatti, notificato alla Commissione che l'unica lingua ammessa per la trasmissione di un ordine nel nostro Paese è quella ufficiale, giustificando la scelta sulla base di una discutibile (e inverosimile) impossibilità di eseguire l'ordine con le tempistiche richieste dalla Direttiva se trasmesso in una lingua allogena. La prassi adottata in alcune procure, però, è quella di eseguire un ordine urgente anche se ricevuto in inglese (o in altra lingua comprensibile) nell'attesa poi di ricevere l'ordine tradotto in italiano²³⁴. Si consideri, infine, che in forza di due trattati bilaterali conclusi con Austria²³⁵ e Germania²³⁶, che continuano a trovare applicazione in virtù della notificazione effettuata ai sensi dell'art. 34, par. 4, Direttiva 2014/41/UE, l'Italia è obbligata a riconoscere gli OEI trasmessi in tedesco, così come può non tradurre un OEI indirizzato in uno dei due citati Paesi.

²³² M. ŠEPEC-T. DUGAR-J. STAJNKO, *European Investigation Order*, op. cit., in corso di pubblicazione.

²³³ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 13.

²³⁴ L. SCOMPARIN ET AL., *Abbreviated National Report*, op. cit., in corso di pubblicazione.

²³⁵ Trattato del 20 febbraio 1973 tra la Repubblica d'Austria e la Repubblica italiana che integra la Convenzione europea di mutua assistenza in materia penale del 20 aprile 1959.

²³⁶ Trattato del 24 ottobre 1979 tra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica italiana che integra e facilita l'implementazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla mutua assistenza in materia penale del 20 aprile 1979.

9.2. La lingua all'estero

In Francia il copione non è dissimile da quello italiano per quanto riguarda il lato attivo: è infatti previsto che l'autorità di emissione traduca l'OEI (nello specifico l'allegato A) prima di trasmetterlo allo Stato di esecuzione (art. 694-22 CPPF²³⁷ e art. D47-1-2 PR-CPPF²³⁸). Al contrario, dal lato passivo la Francia, oltre ad aver notificato alla Commissione che accetterà esclusivamente ordini tradotti in francese, ha introdotto un motivo di restituzione degli atti non previsto dalla Direttiva, in quanto l'art. D47-1-12 PR-CPPF stabilisce che se un OEI non è tradotto «*est renvoyée à l'autorité d'émission pour régularisation*».

Il Portogallo disciplina il problema in modo analogo alla Francia. L'art. 18, par. 5, l. 88/2017²³⁹ sancisce, infatti, un obbligo di traduzione dell'OEI che deve essere trasmesso all'autorità di esecuzione; mentre l'art. 20, par. 2 e 3, l. 88/2017²⁴⁰ impone alle autorità di portoghesi di informare l'autorità di emissione della mancata traduzione dell'allegato A in lusitano (unica lingua accettata, oltre al castigliano per OEI provenienti dalla Spagna) e, se questa non vi provvede, l'ordine è restituito alla stessa, stante l'impossibilità di prendere una decisione sul riconoscimento.

Anche in Lussemburgo la disciplina del lato attivo è identica a quella italiana, atteso che si richiede all'autorità di emissione del Gran Ducato di tradurre l'ordine in una lingua accettata nello Stato di esecuzione (art. 6 l. 1° agosto 2018²⁴¹). Sul versante passivo, invece, oltre ad aver ritualmente notificato alla Commissione le lingue accettate, il Lussemburgo ha

²³⁷ «*La décision d'enquête européenne fait l'objet d'une traduction dans une langue officielle de l'Etat d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions de l'Union européenne acceptées par cet Etat*».

²³⁸ «*Elle [la décision d'enquête européenne] est traduite, si nécessaire, dans la langue ou dans l'une des langues que l'autorité d'exécution a déclaré accepter*».

²³⁹ «*5. A DEI transmitida às autoridades nacionais é traduzida para a língua oficial do Estado de execução ou para outra língua oficial dos Estados membros da União Europeia que Portugal tiver declarado aceitar, em conformidade com o n.º 3 do artigo 6º*».

²⁴⁰ «*2. Se a DEI não respeitar o disposto no artigo 6.º, por o formulário constante do anexo I à presente lei se mostrar preenchido de forma incompleta ou manifestamente incorreta ou por não se encontrar traduzida nos termos do n.º 5 do artigo 18.º, a autoridade nacional de execução informa a autoridade de emissão, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 25.º, solicitando que este seja devidamente completado ou corrigido ou traduzido.*

3. A falta de tradução e o não suprimento dos vícios referidos no número anterior impede a autoridade nacional de execução de tomar decisão sobre o reconhecimento, sendo a DEI devolvida à autoridade de emissão».

²⁴¹ «*La décision d'enquête européenne fait l'objet d'une traduction dans une langue officielle de l'État d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions de l'Union européenne acceptées par cet État*».

specificato all'art. 11 l. 1° agosto 2018²⁴² che gli OEI allo stesso trasmessi devono essere redatti o tradotti in francese, tedesco o inglese.

La Spagna, infine, è lo Stato che presenta la tecnica normativa più dettagliata tra tutti quelli oggetto di indagine, dal momento che, tanto per la procedura attiva quanto per quella passiva, distingue tra l'allegato A, che deve essere tradotto in spagnolo (unica lingua accettata, oltre al lusitano per gli OEI provenienti dal Portogallo), e il provvedimento che ne è alla base, il quale, se trasmesso, non necessita di traduzione. Più nello specifico, sia l'art. 7, par. 3,²⁴³ sia l'art. 17, par. 1 e 2²⁴⁴, sono collocati nella parte generali della LRMRP e, di conseguenza, trovano applicazione per tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento, tra i quali è compreso l'OEI. Se, tuttavia, l'autorità straniera trasmette alla Spagna un ordine non tradotto in castigliano, le autorità richieste iberiche lo restituiscono «*a la autoridad judicial del Estado emisor que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente*».

In conclusione, si può osservare come l'Italia sia stata (insieme al Lussemburgo) uno dei Paesi che più si sono allineati alla Direttiva, in quanto non ha previsto alcuna disposizione volta a regolare le situazioni in cui le autorità italiane ricevono un OEI non tradotto. Con un atteggiamento di maggiore chiusura, invece, Francia, Portogallo e Spagna hanno optato per un motivo di restituzione dell'ordine, qualora lo stesso non sia trasmesso in una delle lingue accettate dagli stessi. L'incedere altalenante delle normative nazionali in quest'ambito è probabilmente il frutto di una normazione europea non chiara, la quale, come si è visto, ha imposto un obbligo (la traduzione) senza però accompagnarlo con la relativa sanzione. Sarebbe allora stato preferibile che il legislatore comunitario avesse preso una posizione sulla

²⁴² «*La décision d'enquête européenne adressée aux autorités luxembourgeoises doit être rédigée en français, allemand ou anglais ou être accompagnée d'une traduction dans l'une de ces trois langues*».

²⁴³ «*3. El certificado o el formulario se traducirán a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro al que se dirija o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado, salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión en español.*

La resolución penal sólo será objeto de traducción cuando así se requiera por la autoridad judicial de ejecución. El coste de la traducción será asumido por el Estado de ejecución que la reclama, con la excepción de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad regulada en el Título III.

²⁴⁴ «*1. Cuando el formulario o el certificado no venga traducido al español, se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial del Estado emisor que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente, salvo que un convenio en vigor con dicho Estado o una declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea permitan el envío en esa otra lengua.*

2. No será obligatorio que la resolución judicial en que se basa el certificado se reciba traducida al español, sin perjuicio de que la autoridad judicial solicite su traducción cuando lo considere imprescindible para su ejecución».

CAPITOLO III

tematica in questione, anche obbligando gli Stati, come sopra evidenziato, ad accettare gli OEI trasmessi in lingua inglese. Inoltre, si sarebbe potuto precisare che l'allegato A deve necessariamente essere tradotto, mentre il provvedimento su cui si fonda non richiede tale incumbente, al pari di quanto già previsto dagli artt. 4, 6, 14 e 17 Regolamento 2018/1805/UE, i quali impongono la traduzione dei certificati di congelamento e confisca ma non anche il provvedimento che ne è alla base.

CAPITOLO IV

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DI UN OEI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'autorità di esecuzione – 2.1. L'autorità di esecuzione in Italia – 2.1.1. L'esecuzione di un OEI in più distretti di corte d'appello – 2.1.2. L'intervento del giudice per le indagini preliminari – 2.2. L'autorità di esecuzione all'estero – 3. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione: la verifica sulle attribuzioni dell'autorità di emissione e sui vizi dell'allegato A, nonché la comunicazione della ricezione (allegato B) – 3.1. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione in Italia – 3.2. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione nella disciplina degli ordinamenti stranieri – 4. Il procedimento di riconoscimento ed esecuzione: caratteri generali, termini e obblighi di riservatezza – 4.1. Riconoscimento ed esecuzione in Italia – 4.2. Riconoscimento ed esecuzione in altri ordinamenti – 5. Tra *lex loci* e *lex fori* – 5.1. *Lex fori* e *lex loci* in Italia e all'estero – 6. OEI “concelebrati” e responsabilità dei funzionari – 6.1. La responsabilità dei funzionari in Italia – 6.2. La responsabilità dei funzionari all'estero – 7. La possibilità di ricorso a un diverso atto di indagine – 7.1. Gli atti di indagine che devono essere necessariamente presenti in ogni Stato membro – 7.2. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine in Italia – 7.3. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine all'estero – 8. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI – 8.1. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI in Italia – 8.2. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI all'estero – 9. Il trasferimento delle prove – 9.1. Il trasferimento delle prove in Italia – 9.2. Il trasferimento delle prove all'estero – 10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione – 10.1. Immunità, privilegi, libertà di stampa e libertà di espressione (lett. a) – 10.2. La lesione degli interessi essenziali di sicurezza nazionale, la messa in pericolo della fonte delle informazioni e l'utilizzo di informazioni classificate riguardanti attività di *intelligence* – 10.3. L'OEI per procedimenti non ammessi in un caso interno analogo – 10.4. Il *ne bis in idem* – 10.5. Il principio di territorialità e il principio di doppia incriminazione – 10.6. Limitazioni all'esecuzione dell'atto di indagine a una certa categoria di reati – 10.7. La violazione dei diritti fondamentali – 10.8. (segue) Il principio di proporzionalità quale motivo di rifiuto aggiuntivo? – 10.9. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione in Italia – 10.10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione all'estero

1. Premessa

In seguito all'emissione e alla trasmissione di un OEI, lo Stato di esecuzione è onerato

di due incumbenti: riconoscere ed eseguire l'ordine con solerzia, nell'ambito di una procedura che vede la costante interlocuzione tra le autorità di emissione come un tratto distintivo. Come anticipato nei capitoli precedenti, in linea generale ciò dovrebbe avvenire automaticamente, in virtù dei principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca, ma le reminiscenze del sistema mutuo-assistenziale hanno condotto alla creazione di uno strumento ibrido, caratterizzato dalla sussistenza di limitati motivi di non riconoscimento e non esecuzione, dalla possibilità della loro postergazione e dalla facoltà di ricorrere a un atto diverso da quello richiesto.

2. L'autorità di esecuzione

La definizione di autorità di esecuzione è stata scientemente tratteggiata a maglie larghe, così da poter abbracciare ad ampio spettro le legislazioni dei 25 Stati membri vincolati dalla Direttiva. L'art. 2, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE stabilisce infatti che l'autorità di esecuzione è «un'autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l'esecuzione conformemente alla presente Direttiva e alle procedure applicabili in un caso interno analogo. Tali procedure potrebbero comportare l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale di quest'ultimo».

La norma così come formulata è densa di implicazioni pratiche, da cui possono farsi discendere diverse considerazioni.

In primo luogo, la Direttiva non attribuisce il riconoscimento e l'esecuzione in capo a un organo giurisdizionale particolare (un giudice, un pubblico ministero, un magistrato inquirente o quant'altro), ma rimette la scelta ai singoli ordinamenti nazionali, i quali, nell'ambito dell'autonomia loro accordata, hanno adottato soluzioni eterogenee. È estremamente difficile catalogare le scelte nazionali in rigidi schemi valevoli per i vari Stati, ma nella diversità vi sono talune legislazioni che possono considerarsi accomunate da caratteristiche omogenee. Un primo gruppo di Stati affida l'esecuzione e il riconoscimento al procuratore (Belgio, Croazia, Estonia, Italia); un secondo gruppo differenzia tra procuratore e corte/tribunale precedente se l'OEI è stato emesso e trasmesso rispettivamente nella fase investigativa o in quella processuale (Bulgaria, Repubblica Ceca, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania); un terzo gruppo distingue tra procuratore e giudice istruttore/corti (Francia, Ungheria, Lussemburgo, Svezia, Slovacchia, Malta); infine un quarto gruppo crea un parallelismo tra autorità di emissione e autorità di esecuzione (Germania, Grecia, Portogallo).

Un secondo aspetto che merita attenzione consiste nel rispetto del “principio di doppia legalità”¹, che consiste nel rispetto tanto delle disposizioni previste dalla Direttiva, quanto di quelle stabilite nei singoli ordinamenti nazionali. In altre parole, l’autorità richiesta sarà tenuta a conformarsi a un duplice formante legislativo, unionale e interno, e, qualora si manifestassero contrasti tra la normativa sovranazionale e quella domestica, la prima non potrà che prevalere, in virtù del principio di primazia del diritto dell’Unione europea; nel caso in cui, invece, vi fossero delle lacune nella disciplina nazionale, quella europea soccorrerà per integrarne le mancanze.

La terza caratteristica dell’art. 2, par. 2, lett. d), infine, è il diretto corollario del secondo aspetto appena citato. Il rispetto del principio di doppia legalità, infatti, impone di far ricorso all’autorizzazione di un organo giurisdizionale, per determinate tipologie di atti investigativi, qualora previsto dal diritto interno². Tale autorizzazione – oltre a non sanare, come già evidenziato nei capitoli precedenti, eventuali vizi di incompetenza verificatisi nello Stato di emissione³ – è altresì rinvenibile dal successivo art. 9, il quale stabilisce che lo Stato di esecuzione riconosce un OEI «senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l’esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l’atto d’indagine in questione fosse stato disposto da un’autorità dello Stato di esecuzione». A titolo esemplificativo, se in Italia le intercettazioni telefoniche e telematiche, prima di essere disposte dal pubblico ministero, devono essere autorizzate dal giudice per le indagini preliminari, analoghe regole devono valere per quelle ordinate con un OEI, anche qualora nello Stato emittente una simile autorizzazione non sia necessaria e, pertanto, non sia stata concessa; e ciò al fine di contemperare il rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte e i principi alla base della cooperazione giudiziaria (*in primis* mutuo riconoscimento e fiducia reciproca)⁴.

Nulla è detto dalla Direttiva, invece, rispetto ad altre due situazioni che possono verificarsi: quando l’autorizzazione è richiesta dal solo Stato di emissione e quando la stessa è

¹ Fa riferimento alla doppia legalità M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 3, p. 65.

² Così anche L. BACHMAIER WINTER, *Best practices for EUROpean COORDination on investigative measure and evidence gathering*, 11 marzo 2019, p. 71.

³ C.G.U.E, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19.

⁴ Così anche L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, 2, pp. 48 s.; M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d’enquête européenne: un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte de preuves au sein de l’UE ?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 884.

prevista tanto in quest'ultimo quanto in quello di emissione. Nel primo caso, l'approvazione giudiziale sarà di competenza esclusiva dello Stato di emissione e, di conseguenza, nessun incombente potrà essere richiesto a quello di esecuzione. La questione si complica in relazione al secondo aspetto, ossia quando entrambi gli Stati richiedono l'autorizzazione di un organo giurisdizionale. Ci si deve, infatti, chiedere se il provvedimento giudiziale autorizzativo adottato nello Stato di emissione sia idoneo o meno a rendere superfluo quello nello Stato di esecuzione. A una simile questione, purtroppo, la Direttiva non fornisce una risposta e da tale silenzio si può inferire che la stessa abbia optato per rimettere la problematica alla regolamentazione dei singoli Paesi membri, i quali, dunque, potranno disciplinare la tematica in entrambe le direzioni: richiedere una seconda autorizzazione giudiziale ovvero considerare sufficiente quella adottata nello Stato di emissione. Anche gli Stati, tuttavia, sembrano non essere stati posti il problema della (non) superfluità della doppia autorizzazione giudiziale e, di conseguenza, sembra doversi fare ricorso all'applicazione del principio di equivalenza, con conseguente dovere anche per l'autorità di esecuzione di autorizzare giurisdizionalmente un ordine che è già passato al vaglio di un giudice nello Stato di emissione.

Infine, vi è ancora da segnalare, in linea con i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, che qualora l'OEI sia stato trasmesso a un'autorità incompetente⁵ dello Stato di esecuzione, quest'ultima è tenuta a trasmetterlo d'ufficio a quella competente, avvisando contestualmente l'autorità di emissione (art. 7, par. 6)⁶. In tal modo, come anticipato nel capitolo precedente, si garantisce una più rapida esecuzione dell'OEI, in quanto si evita il duplice passaggio della riconsegna all'autorità di emissione, seguita da un'ulteriore trasmissione, che, soprattutto nei casi di urgenza, è deleterio, in quanto si rischia che l'esecuzione avvenga in un momento in cui la prova è andata dispersa o ha subito modificazioni irreversibili.

2.1. L'autorità di esecuzione in Italia

Tra le definizioni riportate dall'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 vi è quella di autorità di

⁵ Consiglio dell'Unione europea, *Extracts from Conclusions of Plenary meetings of the EJM concerning the practical application of the EIO*, 15210/17/ 08 dicembre 2017, p. 10 pone l'accento sul fatto che «*according to the EJM Contact Points, there are no particular difficulties for the issuing authorities to find the competent executing/receiving authority of an EIO*». E ciò grazie alla funzione ATLAS indicata sul sito della RGE (così anche F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, p. 9).

⁶ È stato evidenziato come, nella prassi, un simile obbligo non sempre venga rispettato. Così Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, novembre 2020, p. 30.

esecuzione, tratteggiata come «l'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione che riceve, riconosce e dà esecuzione a un ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana». Una descrizione tautologica, che si limita a ribadire l'ovvio (è autorità di esecuzione quella che esegue l'ordine), ma che può trovare una giustificazione dal lato attivo, atteso che il decreto legislativo non poteva specificare nel dettaglio tutte le autorità di esecuzione dei singoli Stati membri (specificazione, peraltro, di difficile lettura anche nella tabella riepilogativa della RGE⁷).

Sul versante passivo, la norma cardine del d.lgs. n. 108 del 2017 è l'art. 4, che deve tuttavia essere letta in sinergia con il successivo art. 5. Più nel dettaglio, con l'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 viene attribuita al procuratore distrettuale («il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti») la competenza a riconoscere (con decreto motivato) ed eseguire un OEI⁸, previa comunicazione della ricezione da parte dello stesso procuratore distrettuale al ministero della giustizia (che come visto ha funzioni meramente amministrative) e, qualora si proceda per i reati elencati nell'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, affinché quest'ultimo possa esercitare il suo potere di coordinamento investigativo⁹. Una scelta, questa che sembra opportuna¹⁰ e coerente con le funzioni del pubblico ministero, a cui è affidata nel nostro ordinamento tutta l'attività investigativa¹¹. Si può allora notare una consistente differenza rispetto al precedente quadro mutuo-assistenziale, nel quale l'esecuzione delle rogatorie era in capo alla corte d'appello (sebbene ad oggi anche per le richieste provenienti da Paesi terzi la competenza di quest'ultima sia stata abbandonata in favore di quella del procuratore distrettuale)¹².

⁷ RGE, *Competent authorities, languages accepted, urgent matters and scope of the EIO Directive* of the instrument in the EU Member States, 04 maggio 2020.

⁸ Benché non espressamente previsto al pari della disciplina francese (art. 694-30 CPPF), si deve ritenere che l'esecuzione dell'OEI possa avvenire mediante delega di indagine a ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, in virtù del principio di equivalenza e del dovere di dare seguito a un ordine negli stessi modi e con le stesse formalità previste per un caso interno analogo.

⁹ Vi è anche chi ritiene che la comunicazione debba essere effettuata al Desk italiano di Eurojust: A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 2, p. 162.

¹⁰ M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 luglio 2017; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 253.

¹¹ In tal senso R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, pp. 402 s.

¹² Per la verità, vi è stato un breve periodo di convivenza tra la competenza della corte d'appello per le rogatorie e quella del procuratore distrettuale per gli OEI: dal 28 luglio 2017 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 108

L'attribuzione della competenza ai procuratori distrettuali, non anche a tutti i procuratori circoscrizionali così come nella procedura attiva, consente di agevolare le autorità straniere nella corretta individuazione dell'autorità di esecuzione. Inoltre, una simile scelta può indirettamente garantire maggiore uniformità decisoria quantomeno in ambito regionale, dal momento che vi sono "solamente" 26 distretti di corte d'appello, a fronte di 136 circondari di tribunale.

Vi è, ancora, da segnalare che l'art. 4, comma 6, d.lgs. n. 108 del 2017 attua nel nostro ordinamento l'art. 7, par. 6, Direttiva 2014/41/UE e stabilisce che «se il procuratore della Repubblica che ha ricevuto l'ordine di indagine ritiene che deve provvedere al riconoscimento e alla esecuzione altro ufficio, trasmette allo stesso immediatamente gli atti», dandone comunicazione all'autorità di emissione. Qualora, poi, sorgessero conflitti positivi o negativi di competenza, l'art. 4, comma 6, d.lgs. n. 108 del 2017 richiama gli artt. 54, 54 *bis* e 54 *ter* c.p.p. e affida la risoluzione degli stessi al procuratore generale presso la Corte di cassazione, eventualmente sentito il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo se si procede per i reati elencati nell'art. 53, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.¹³. Come si può notare, la norma non tiene in considerazione il caso in cui i conflitti di competenza sorgano tra differenti giudici per le indagini preliminari; deve però ritenersi che trovino applicazione le disposizioni generali del codice di rito e, in particolare, l'art. 32, comma 1, c.p.p. che affida alla Corte di cassazione il compito di risolvere i conflitti di competenza tra giudici diversi¹⁴.

Infine, l'art. 4, comma 7, d.lgs. n. 108 del 2017 precisa che «il riconoscimento e l'esecuzione di un ordine di indagine emesso, nello stesso o in altro procedimento, ad integrazione o completamento di uno precedente spettano al procuratore della Repubblica che ha provveduto per quest'ultimo». In tal modo, si consente di non disperdere il patrimonio conoscitivo già in possesso del pubblico ministero che ha riconosciuto ed eseguito l'OEI originario e si evitano, al contempo, decisioni contrastanti di procure differenti vertenti sul medesimo oggetto.

del 2017) al 31 ottobre 2017 (data di entrata in vigore della riforma del Libro XI del codice di procedura penale che ha riscritto l'art. 724 c.p.p., attuata con d.lgs. 03 ottobre 2017, n. 149).

¹³ La Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, trasmesso alla Presidenza del Senato il 21 marzo 2017, p. 1, ha sottolineato «una simile scelta ha il vantaggio di rendere meno problematica, seppure solo sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'individuazione di criteri di determinazione della competenza allorché gli atti debbano essere compiuti in distretti diversi».

¹⁴ Così Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017-Attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo, prot. n. DAG.0203162.U del 30 ottobre 2017.

2.1.1. L'esecuzione di un OEI in più distretti di corte d'appello

L'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 opportunamente non si limita a disciplinare i casi in cui gli atti di indagine debbano essere svolti nel territorio del distretto di corte d'appello in cui opera il procuratore della Repubblica, ma si preoccupa altresì di stabilire regole specifiche per quelle situazioni in cui gli atti da compiere insistano su territori di competenza di differenti procuratori distrettuali. L'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017, innovando rispetto al passato in cui la determinazione della competenza era rimessa alla Corte di cassazione (art. 724, comma 1 *bis*, c.p.p.), prevede che «quando la richiesta di assistenza ha ad oggetto atti che devono essere eseguiti in più distretti, all'esecuzione provvede il procuratore della Repubblica del distretto nel quale deve compiersi il maggior numero di atti, ovvero se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggior importanza investigativa».

Ancora prima di approfondire i due criteri quantitativi e qualitativi, vi è da osservare come l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017, nel riferirsi alla «richiesta di assistenza», trovi applicazione esclusivamente per quei casi in cui l'autorità di emissione ha ordinato l'esecuzione di diversi atti di indagine nel corpo del medesimo OEI, non anche qualora siano stati emessi e trasmessi differenti ordini a diverse autorità. In quest'ultima situazione, infatti, le varie autorità di esecuzione potrebbero non essere a conoscenza degli ordini ricevuti e procedere autonomamente al loro riconoscimento e alla loro esecuzione. Per contro, se un unico OEI contiene un elenco di atti da svolgere nel territorio di più distretti di corte d'appello, trova applicazione la norma in oggetto, la quale tuttavia fa riferimento esclusivamente all'esecuzione di un OEI e non anche al suo riconoscimento. Vi è, dunque, da domandarsi se quest'ultimo sia di competenza del pubblico ministero deputato ad eseguire gli atti ovvero se, al contrario, ciascuna procura distrettuale è tenuta a riconoscere l'ordine e, solo successivamente, la competenza venga riunita in capo al medesimo soggetto. Una lettura sistematica della disciplina italiana ed europea sembra far propendere per la prima soluzione, in quanto l'OEI trasmesso è unico e, di conseguenza, unica deve essere la decisione sul suo riconoscimento. Consentire a diverse autorità di pronunciarsi sullo stesso ordine rischierebbe di causare il verificarsi di provvedimenti tra loro contrastanti in relazione al medesimo oggetto, senza considerare il dilatarsi delle tempistiche necessarie per la (ri)trasmissione dell'ordine dall'autorità riconoscente a quella esecutante. Si deve, pertanto, ritenere che la

lacuna legislativa sia il frutto di una mera “svista”, con la conseguenza che il pubblico ministero nel cui distretto deve essere svolto il maggior numero di atti o quello di maggiore importanza investigativa deve ritenersi competente tanto per il riconoscimento quanto per l’esecuzione dell’OEI.

Il “requisito quantitativo” non solleva dubbi interpretativi, dal momento che è sufficiente verificare il numero di atti da eseguire, a prescindere dal “peso” che gli stessi assumono. Per contro, il “requisito qualitativo”, che riveste natura residuale rispetto a quello quantitativo, atteso che trova applicazione solo qualora il numero di atti di indagine da compiere sia il medesimo nei diversi distretti di corte d’appello, è connotato di una vaghezza contenutistica che rende difficile fornirne un’univoca interpretazione¹⁵. Nell’attesa che il procuratore generale presso la Corte di cassazione sia chiamato a risolvere i conflitti di competenza (purtuttavia, va detto, potenzialmente molto rari), merita comunque provare a meglio concretizzare la locuzione «atto di maggior importanza investigativa», sia pure nella consapevolezza che solo l’autorità di emissione «può veramente indicare quale sia l’atto più importante nel caso di specie»¹⁶. Nel tentativo di ancorare il criterio *de quo* a dati oggettivi, si può fare riferimento al livello di intrusività del singolo atto di indagine nella sfera dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, un’intercettazione parrebbe avere maggiore importanza rispetto a un’escussione testimoniale, in quanto la prima comporta una diretta limitazione alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.). In concreto, però, i risultati intercettivi potrebbero fornire elementi neutri rispetto al compendio investigativo dello Stato di emissione (o addirittura non fornirne del tutto); mentre un esame testimoniale potrebbe rivelarsi indispensabile per il proseguo delle indagini. Una scelta su come parametrare il requisito dell’importanza investigativa deve comunque essere adottata e non sembra che possa farsi riferimento a un criterio *ex post* (l’importanza in concreto dell’atto), quanto piuttosto a un criterio *ex ante* (l’importanza in astratto dell’atto). Invero, nel momento in cui l’autorità di esecuzione è deputata ad eseguire un OEI in diversi distretti non ha a

¹⁵ Sottolineano le perplessità del requisito qualitativo M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all’estero: l’ordine europeo di indagine*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 836; R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti*, op. cit., p. 3; A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea”*, op. cit., p. 161; A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell’OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 109; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 257, il quale ritiene altresì che «sarebbe stato preferibile invertire l’ordine dei criteri di attribuzione».

¹⁶ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 836; M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1022.

disposizione elementi per comprendere in concreto quanto sarà importante l'atto una volta eseguito, ma è in possesso esclusivamente delle informazioni fornite dall'autorità di emissione con la trasmissione dell'allegato A. Pertanto, si può ritenere che quanto più elevato è il livello di intrusività nei diritti fondamentali, tanto maggiore è l'importanza investigativa dell'atto, atteso che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli atti più "lesivi" devono essere adottati solo quando non ve ne siano altri idonei a raggiungere il medesimo scopo.

Un simile impostazione, tuttavia, non può trovare applicazione qualora gli atti richiesti rivestano tutti la stessa importanza, perché ad esempio sono richiesti perquisizioni e sequestri in tutti i territori interessati. Il decreto legislativo, infatti, al pari dell'art. 724, comma 4, c.p.p., sembra dare per scontato che in ogni situazione o vi sono da eseguire più atti in un distretto rispetto ad un altro, o che comunque se di egual numero uno rivesta un'importanza preponderante. Come conseguenza di una simile impostazione, manca la regolamentazione di un criterio residuale come quello previsto dagli artt. 9, comma 3, e 10, comma 2, c.p.p. che individua nel procuratore che ha iscritto per primo la notizia di reato il pubblico ministero competente a condurre l'indagine. In assenza di una più chiara indicazione normativa, non può che farsi ricorso all'interpretazione analogica prevista dall'art. 12, comma 2, Preleggi, il quale stabilisce che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe». Nel caso di specie, si può ritenere che gli artt. 9, comma 3, e 10, comma 2, c.p.p. regolino casi simili o materie analoghe; *mutatis mutandis*, dunque, si può sostenere che, in caso di atti di indagine di uguale importanza che devono essere svolti in diversi distretti di corte d'appello, competente all'esecuzione sarà il pubblico ministero che ne ha accusato la ricezione per primo, trasmettendo all'autorità di emissione il prescritto allegato B alla Direttiva.

Infine, si può ancora immaginare una potenziale applicazione congiunta del criterio qualitativo e di quello quantitativo per quelle situazioni in cui debbano eseguirsi atti investigativi in più di due distretti di corte d'appello, ma quello di maggiore importanza deve essere svolto nel distretto in cui è richiesto il minor numero di ordini. A titolo esemplificativo, Firenze deve escutere quattro testimoni/persone informate sui fatti, Torino deve procedere con quattro perquisizioni seguite da sequestro, Venezia deve intercettare l'utenza telefonica facente capo all'indagato. È chiaro che, seguendo l'impostazione sopra adottata, l'atto di maggiore importanza investigativa deve svolgersi a Venezia, ma quantitativamente parlando il maggior numero è conteso tra Torino e Firenze. In ottemperanza all'art. 4, comma

5, d.lgs. n. 108 del 2017, il criterio quantitativo è prodromico rispetto a una successiva valutazione qualitativa e, pertanto, si deve procedere a una doppia verifica: in primo luogo si deve guardare ai distretti in cui vi è da eseguire il maggior numero di atti di indagine; solo successivamente si può fare riferimento all'importanza dell'atto. Nell'esempio prospettato, dunque, la competenza sarà incardinata in capo al Procuratore della Repubblica di Torino, in quanto è il distretto in cui devono eseguirsi i quattro atti più invasivi dei diritti fondamentali.

2.1.2. *L'intervento del giudice per le indagini preliminari*

Si è visto che, in linea generale, il soggetto competente a riconoscere ed eseguire un OEI è il procuratore della Repubblica presso il distretto di corte d'appello nel cui territorio devono essere svolte le indagini. Vi possono però essere delle situazioni in cui il suo intervento è necessario ma non sufficiente per un corretto *enforcement* dell'ordine. Invero, in tutti i casi in cui la legge italiana richiede che lo svolgimento di un atto debba essere compiuto da un giudice (*i.e.* quando deve essere assunto un mezzo di prova), nonché quando è l'autorità di esecuzione a richiedere che l'esecuzione dell'atto sia demandata allo stesso, l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce «opportunamente»¹⁷ che «il procuratore della Repubblica riconosce l'ordine di indagine e fa richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari». Dal canto suo, «il giudice, ricevuta la richiesta, autorizza l'esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine» (art. 5, comma 2) e, se non diversamente disposto o salvo diversa disposizione dell'autorità di emissione, provvede all'esecuzione in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 127 c.p.p. (art. 5, comma 3).

Un primo punto che avrebbe probabilmente meritato maggiore attenzione da parte del legislatore riguarda l'individuazione del GIP competente, atteso che non viene specificato se debba intendersi quello distrettuale o quello circondariale nel cui territorio deve eseguirsi l'atto: «trattandosi del giudice non pare infatti opportuno affidarsi per la sua individuazione a quanto suggerito dalla logica»¹⁸. In mancanza di una chiara definizione, ragioni sistematiche inducono a ritenere che il GIP competente non possa che essere quello distrettuale¹⁹,

¹⁷ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 837.

¹⁸ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 837.

¹⁹ E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1305; M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p.

anche in considerazione dell'evoluzione storica della cooperazione giudiziaria penale: la *vis attractiva* della competenza è sempre stata ed è radicata nel capoluogo di distretto di corte d'appello, dapprima con l'attribuzione dei compiti di riconoscimento ed esecuzione proprio alla corte e, successivamente, al procuratore distrettuale. Non vi sono, pertanto, ragioni per ritenere che la competenza del GIP debba essere diversa.

Orbene, se il pubblico ministero riconosce l'ordine e il giudice autorizza («non è chiaro con quale tipo di provvedimento»²⁰, ma deve ritenersi con decreto motivato per garantire un parallelismo con il riconoscimento del pubblico ministero) ed esegue, *nulla quaestio*. Al contrario, non essendo il GIP un «mero esecutore della richiesta»²¹, vi è da chiedersi quali siano i rapporti tra il riconoscimento della pubblica accusa e una mancata autorizzazione giudiziale all'esecuzione dell'ordine. L'OEI trasmesso al GIP è, infatti, a pieno titolo riconosciuto – anche se con riserva – ed eventualmente già comunicato all'accusato e al suo difensore, i quali possono nelle more dell'autorizzazione proporre opposizione al GIP (art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017). Il compito del giudice, in altre parole, è quello di verificare la sussistenza di uno dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 10 d.lgs. n. 108 del 2017 non individuati dal pubblico ministero all'atto del riconoscimento dell'ordine²². La soluzione al problema è fornita dall'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017, il quale stabilisce che il GIP, richiesto dell'esecuzione *ex art. 5*, «se ricorrono i motivi di rifiuto indicati dall'articolo 10, dispone, anche su richiesta delle parti, l'annullamento del decreto di riconoscimento emesso dal procuratore della Repubblica». Rimangono al di fuori dell'ambito operativo della norma quelle situazioni in cui le formalità richieste dallo Stato di emissione siano contrastanti con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione (art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE), l'atto di indagine non sia previsto in un caso interno analogo o sia sconosciuto al Paese richiesto (art. 10 Direttiva 2014/41/UE). Non essendo in presenza di veri e propri motivi di rifiuto, ma solo di casi di mancata assistenza, è difficile ritenere che il GIP possa annullare il decreto di riconoscimento, con evidente *vulnus* delle garanzie difensive. Una soluzione legislativa sarebbe, allora, quantomai opportuna.

837; A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 114. Di diverso avviso G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 254, secondo cui nell'art. 5 d.lgs. n. 108 del 2017 è assenta qualsivoglia deroga alla competenza del gip circondariale.

²⁰ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti*, op. cit., p. 402.

²¹ G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale?*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 29.

²² Di diverso avviso chi ritiene che «il sindacato del giudice dovrà estendersi [...] anche sul necessario rispetto del principio di proporzione previsto dall'art. 7» (G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, op. cit., p. 30).

Vi è ancora da chiedersi se non sarebbe stato preferibile attribuire direttamente al GIP il compito di riconoscere l'OEI, demandando al pubblico ministero un mero onere di trasmissione dell'ordine ricevuto? La risposta dovrebbe essere positiva, dal momento che, in tal modo, si sarebbero evitati provvedimenti tra loro contrastanti e un aggravio procedimentale inutilmente complesso²³.

La procedura che il GIP deve seguire per l'esecuzione dell'OEI è, come visto, quella di cui all'art. 127 c.p.p., la quale prevede la partecipazione (facoltativa) delle parti. Vi possono però essere situazioni in cui l'atto da eseguire richieda l'intervento del GIP ma che, al contempo, sia necessario garantire il segreto istruttorio. Vi è allora chi ha ipotizzato che «la norma dovrebbe essere interpretata in termini relativi, vale a dire con la fissazione dell'udienza camerale esclusivamente quando la conoscibilità della richiesta per l'indagato sia compatibile con l'atto da eseguire»²⁴. Una simile interpretazione si scontra però con il dato letterale del combinato disposto dell'art. 5 d.lgs. n. 108 del 2017 e dell'art. 127 c.p.p., così che si deve ritenere che un'eventuale deroga alla procedura partecipata sia ammissibile a condizione che sia espressamente richiesta dallo Stato di emissione, in applicazione del principio della *lex fori*²⁵.

Infine, vi è da evidenziare che l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 pone l'accento sugli atti che devono essere compiuti da un giudice, come le ricognizioni e l'assunzione di testimonianze in contraddittorio tra le parti, ma non chiarisce se l'intervento del GIP debba operare anche quando allo stesso sia demandato un mero potere autorizzativo, come nel caso di intercettazioni, acquisizioni di tabulati telefonici *ex art.* 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ed autorizzazione al prelievo coattivo di materiale biologico (art. 359 *bis* c.p.p.). Per quanto riguarda la prima delle tre citate ipotesi, ossia per le intercettazioni, l'art. 23 d.lgs. n. 108 del 2017 detta una disciplina di dettaglio derogatoria rispetto a quella di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., in virtù della quale l'OEI è riconosciuto dal pubblico ministero e trasmesso al GIP per l'esecuzione (in antitesi, dunque, con il principio di equivalenza). Per contro, il decreto legislativo non si occupa di regolare la materia né dei tabulati telefonici (*rectius*: dei dati relativi al traffico telefonico e telematico), né del prelievo coattivo di materiale biologico, per i quali deve ritenersi che trovino applicazione le regole interne (richiesta del

²³ Così anche M. Trogu, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1028: «l'impostazione prescelta dal legislatore è particolare, in quanto in dette ipotesi sarebbe apparso più naturale ed economico attribuire al giudice anche il potere di riconoscimento dell'atto da eseguire».

²⁴ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., pp. 264 s.

²⁵ In tal senso M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1028.

pubblico ministero, autorizzazione del giudice, esecuzione del pubblico ministero), in forza dell'art. 9, par. 1, Direttiva 2014/41/UE che impone di riconoscere ed eseguire gli OEI nello stesso modo e con le stesse modalità che sarebbero state adottate in un caso interno analogo. Anche se, si vedrà²⁶, il legislatore italiano non ha trasposto espressamente tale previsione.

2.2. L'autorità di esecuzione all'estero

Nell'ordinamento francese l'architettura normativa è rappresentata dall'art. 694-30 CPPF, il quale si preoccupa di attribuire competenze specifiche a pubblico ministero e *juge d'instruction*, ciascuno nel rispetto delle proprie competenze, in merito al riconoscimento e all'esecuzione di un OEI. Più nello specifico, il procuratore della Repubblica è competente a riconoscere ed eseguire tutti gli ordini (eventualmente con l'ausilio della polizia giudiziaria), ad eccezione di quelli che ricadono nell'ambito di una *instruction préparatoire* (un'omologa, per sommi capi, di un'udienza preliminare italiana)²⁷ o che necessitano dell'autorizzazione del *juge des libertés et de la détention* (in quanto atti di natura coercitiva), per i quali è stabilito che sia il *juge d'instruction* il soggetto deputato alla ricezione, al riconoscimento e all'esecuzione²⁸. Si può dunque notare come, a differenza dell'Italia, il giudice non prenda una decisione dopo un riconoscimento già avvenuto da parte del pubblico ministero, eventualmente annullandolo, ma operi in piena autonomia, essendo il diretto destinatario dell'ordine emesso in un altro Stato. Infine, in caso di incompetenza (deve ritenersi tanto territoriale quanto per materia), il *magistrat* che ha ricevuto l'OEI è tenuto a trasmetterlo al procuratore della Repubblica o al giudice istruttore competenti (art. D47-1-11 PR-CPPF²⁹).

In Lussemburgo, l'art. 10 l. 1° agosto 2018³⁰ detta genericamente un parallelismo tra

²⁶ V. *infra* §4.1.

²⁷ C. RIBEYRE, *Procédure pénal*, Presses universitaires de Grenoble, 2016, pp. 103 ss.

²⁸ È stato rimarcato che la scelta del legislatore francese «*revives the classic concept of the French pre-trial procedure, which was blurred in purely national proceedings in the course of various legal reforms. This national pre-trial procedure knows basically two phases: a police investigation procedure ("enquête préliminaire") and a judicial investigation procedure ("information")*» (D. KNYTEL, *Evidence Gathering in the European Union: the Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 1, pp. 74 s.).

²⁹ «*Si la décision d'enquête européenne est adressée par erreur au procureur général ou à un procureur qui n'est pas territorialement compétent, celui-ci la transmet sans délai au procureur de la République ou au juge d'instruction du tribunal judiciaire territorialement compétent et en informe immédiatement l'autorité d'émission en utilisant le formulaire figurant à l'annexe B susmentionnée*».

³⁰ «*L'exécution d'une décision d'enquête européenne est confiée à l'autorité judiciaire qui serait compétente si l'infraction avait été commise au Grand-Duché de Luxembourg*».

autorità di esecuzione “interna” e autorità di esecuzione “europea” (*procureur d'État* per atti non coercitivi e *juge d'instruction* per atti coercitivi), precisando al successivo art. 12, par. 2³¹, che se l'autorità che riceve l'ordine è incompetente, lo deve trasmettere a quella competente. Una disciplina particolare è, però, dettata in relazione agli atti coercitivi, nominalmente elencati dall'art. 21 l. 1° agosto 2018³², quali sequestri, perquisizioni, ordini di esibizione indirizzati agli istituti di credito e altri atti che presentano un «*degré de contrainte analogue*». L'art. 22 l. 1° agosto 2018 prevede infatti che l'OEI sia riconosciuto dall'autorità competente come indicata nel citato art. 10, ma che la trasmissione debba essere indirizzata al *procureur général d'État*, il quale a sua volta, dopo aver verificato l'ordine «*sous les aspects de sa compétence*», lo trasmette all'autorità competente per il riconoscimento e l'esecuzione.

La Spagna, a differenza di Francia e Lussemburgo, presenta una disciplina molto dettagliata. L'art. 187 LRMRP stabilisce innanzitutto che gli OEI devono essere trasmessi al *ministerio fiscal* (i.e. il pubblico ministero), mentre la competenza per il riconoscimento e l'esecuzione è ripartita tra quest'ultimo e il *juez* o il *tribunal*, al quale il *ministerio fiscal* deve eventualmente inoltrare l'ordine ricevuto senza prendere ulteriori provvedimenti in merito³³. Se si eccettuano i casi in cui sia lo Stato di emissione a chiedere che l'ordine sia eseguito da un giudice³⁴, il criterio di attribuzione delle competenze è basato sostanzialmente sulla natura coercitiva o meno dell'atto di indagine da svolgere: nel primo caso, qualora non sia possibile sostituire l'atto richiesto con una misura meno invasiva dei diritti fondamentali, procederà il *juez* o il *tribunal*, così come questi ultimi saranno investiti del riconoscimento e dell'esecuzione se espressamente richiesto dall'autorità di emissione; nel secondo caso, invece, la competenza è attribuita al *ministerio fiscal*. L'art. 187 LRMRP, inoltre, fornisce una definizione specifica di cosa deve intendersi con *juez* o *tribunal*, tra i

³¹ «2. Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise qui reçoit la décision d'enquête européenne n'est pas compétente pour la reconnaître ou prendre les mesures nécessaires en vue de son exécution, elle la transmet d'office à l'autorité d'exécution compétente et elle en informe l'autorité d'émission».

³² «Les articles de la présente section sont applicables aux décisions d'enquête européennes qui tendent à faire opérer au Grand-Duché de Luxembourg une saisie d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code de procédure pénale, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue».

³³ Secondo parte della dottrina spagnola, al momento della trasmissione al giudice, il pubblico ministero deve indicare se ritiene sussistenti o meno talune cause di rifiuto dell'OEI (M. AGUILERA, *La orden europea de investigación: nuevas atribuciones para el ministerio fiscal*, in *Justicia*, 2018, 2, p. 7).

³⁴ Benché non sia espressamente previsto, «a sensu contrario, será un Juez el competente para reconocer y ejecutar la OEI cuando la autoridad de emisión indique expresamente que la medida debe ser ejecutada por un órgano jurisdiccional» (M. AGUILERA, *La orden europea*, op. cit., p. 8).

quali vengono annoverati – nell’ambito delle rispettive attribuzioni – i *jueces de instrucción*, i *jueces de menores*, i *jueces centrales de instrucción*, i *jueces centrales de lo penal* e i *jueces central de menores*. Infine, vi è ancora da osservare come nel caso in cui un ordine contenga più atti di indagine da svolgere su diversi territori, la competenza per il riconoscimento spetta al *juez* o al *tribunal* al quale il *ministerio fiscal* ha trasmesso l’ordine, conformemente alle disposizioni della LRMRP e del codice di rito spagnolo.

Anche il Portogallo disegna una disciplina per certi aspetti più specifica rispetto a quelle di Francia e Lussemburgo (art. 19 l. 88/2017). Il punto di partenza è sempre basato sul parallelismo tra autorità che eseguirebbe un atto di indagine interno e autorità competente al riconoscimento e all’esecuzione di un OEI: in linea generale, nella fase delle indagini la competenza appartiene al pubblico *ministerio publico*, mentre in fase di dibattimentale al *juízo local criminal*. Vengono poi fornite ulteriori precisazioni circa la competenza territoriale per l’escussione testimoniale (il luogo di residenza della persona fisica o la sede legale della persona giuridica), nonché precise indicazioni se con lo stesso OEI devono essere eseguiti più ordini di indagine. Nello specifico, se gli atti insistono su diversi circondari afferenti allo stesso distretto, la competenza si radica in capo all’autorità che per prima ha ricevuto l’ordine; se, al contrario, l’esecuzione afferisce a diversi distretti, l’art. 19, par. 5, l. 88/2017 detta criteri precisi che devono essere seguiti, suddividendo le competenze tra *Departamento Central de Investigação e Ação Penal*, *juízo local criminal da sede do tribunal da Relação de Lisboa* e *juízo local criminal da sede do tribunal da Relação* di altri distretti. Infine, anche il Portogallo prevede la trasmissione all’autorità competente di un ordine indirizzato originariamente a un’autorità incompetente.

La Germania, in merito all’individuazione dell’autorità di esecuzione, presenta una disciplina molto scarna. L’art. 91d, par. 2, IRG³⁵ stabilisce genericamente che l’autorità di esecuzione accusa la ricezione dell’ordine e, qualora sia incompetente, lo trasmette a quella competente, ma non definisce la nozione di autorità di esecuzione. L’art. 91a, par. 4, IRG³⁶,

³⁵ «2. Der Empfang eines Ersuchens nach Absatz 1 ist unverzüglich, spätestens aber binnen einer Woche nach seinem Eingang bei der zuständigen Stelle durch eine Mitteilung zu bestätigen, die dem in Anhang B der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebenen Formblatt in der jeweils gültigen Fassung entspricht. Ist ein Ersuchen bei einer nicht zuständigen Stelle eingegangen, ist es an die zuständige Stelle weiterzuleiten; die ersuchende Stelle ist über die Weiterleitung durch eine Mitteilung nach Satz 1 zu unterrichten».

³⁶ «4. Die Vorschriften des Ersten, des Fünften bis Siebenten Teils dieses Gesetzes sowie die allgemeinen und besonderen Bestimmungen dieses Teils sind anzuwenden, 1. soweit dieser Abschnitt keine besonderen Regelungen enthält oder 2. wenn ein Ersuchen nicht nach Maßgabe der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung gestellt wurde».

per contro, rinvia alle disposizioni contenute nella parte prima, quinta e settimiana della IRG stessa, tra le quali figura l'art. 74, par. 2³⁷, che consente al governo federale di trasferire ai *Länder* le competenze in merito all'emissione, al riconoscimento e all'esecuzione di una rogatoria. La Relazione Illustrativa alla IRG ha posto in evidenza come, ai sensi dell'art. 74, par. 2, vi sia una corrispondenza tra autorità di emissione e autorità di esecuzione, che per quanto riguarda gli ordini di indagine la competenza deve rinvenirsi *in primis* nel pubblico ministero ma che può essere rimessa anche ad altre autorità giudiziarie, tributarie e amministrative³⁸. Ciò non esclude, però, che, nonostante l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, la normativa interna imponga l'autorizzazione giudiziale, se prevista dal diritto tedesco (art. 91h³⁹, par. 1, IRG)⁴⁰.

In conclusione, si può notare come solo la normativa italiana, qualora si renda necessaria l'autorizzazione giudiziale, preveda una disciplina farraginosa che richiede un primo riconoscimento del pubblico ministero, seguito da una conferma ovvero un annullamento del GIP, con ulteriore facoltà di impugnare il primo decreto di riconoscimento nelle more della decisione giudiziale. Gli altri Stati, invece, hanno individuato un solo organo competente a riconoscere ed eseguire un OEI: alternativamente pubblico ministero o giudice. L'intervento del primo, nelle situazioni in cui è competente il secondo, si limita a un mero passaggio formale, consistente nella trasmissione dell'ordine ricevuto, senza che sia svolta alcuna deliberazione in merito. Sarebbe forse opportuno che il legislatore italiano ripensasse all'*unicum* creato in sede di attuazione, anche per la sua difficile compatibilità con i principi di economia ed efficienza processuale. Inoltre, un'ulteriore riflessione potrebbe investire i criteri di determinazione della competenza in casi di OEI contenenti più atti di indagine da eseguire, in relazione ai quali sarebbe forse opportuno introdurre un espresso criterio residuale, a fianco di quelli quantitativo e qualitativo, focalizzato sull'ufficio di procura che per primo

³⁷ «2. Die Bundesregierung kann die Ausübung der Befugnis, über ausländische Rechtshilfeersuchen zu entscheiden und an ausländische Staaten Rechtshilfeersuchen zu stellen, im Wege einer Vereinbarung auf die Landesregierungen übertragen. Die Landesregierungen haben das Recht zur weiteren Übertragung».

³⁸ K. AMBOS-P. RACKOW-A. HEINZE, *The European Investigation Order – a German Perspective*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione.

³⁹ «1. Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden».

⁴⁰ Relazione illustrativa del Progetto di legge di modifica della IRG (*Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Drucksache 18/9757*, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/097/1809757.pdf>, p. 22).

ha ricevuto l'ordine.

3. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione: la verifica sulle attribuzioni dell'autorità di emissione e sui vizi dell'allegato A, nonché la comunicazione della ricezione (allegato B)

Benché non espressamente annoverata dalla Direttiva tra le operazioni preliminari che l'autorità di esecuzione deve svolgere, la verifica in merito all'effettivo potere per l'autorità di emissione di adottare un OEI è ricavabile dall'art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE⁴¹. Quest'ultima norma, infatti, impone all'autorità di esecuzione di restituire l'ordine ricevuto («lo restituisce») qualora lo stesso non sia stato «emesso da un'autorità di emissione come specificato all'articolo 2, lettera c)» (che, come visto, fornisce la definizione di autorità di emissione). Criteri di logicità impongono di ritenere che l'accertamento in questione sia necessariamente preliminare rispetto ad ogni altra decisione nel merito, in quanto non si può riconoscere ed eseguire un ordine emesso *a non iudice*. Inoltre, anche la locuzione utilizzata dal legislatore europeo, che fa riferimento a una “restituzione”, ossia una mera ri-trasmisione materiale al mittente di quanto ricevuto, depone in tal senso. Invero, la restituzione comporta una “non-decisione”, a differenza di un eventuale provvedimento di non riconoscimento o non esecuzione che impone all'autorità di motivare in merito alla sussistenza di uno dei motivi elencati nell'art. 11: l'autorità di esecuzione non può “non-decidere” dopo aver “deciso”. Vi è però da segnalare come questo controllo, sebbene doveroso sulla carta, nella pratica sia relegato a un ruolo non sempre primario, in quanto alcuni Stati membri tendono a fidarsi delle decisioni adottate in un altro Paese, valorizzando così i principi di riconoscimento e fiducia reciproci, soprattutto qualora gli OEI siano emessi da un'autorità giudiziaria o da un pubblico ministero⁴².

Una seconda verifica preliminare riguarda la compilazione dell'allegato A. Se quest'ultimo è incompleto o manifestamente inesatto, l'autorità di esecuzione informa quella di

⁴¹ V. Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., secondo cui la verifica deve essere svolta effettuando un confronto tra le sezioni F, K ed L dell'allegato A con le dichiarazioni che gli Stati devono effettuare ai sensi dell'art. 33, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/41/UE.

Di diverso avviso L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 72, secondo cui «*in general, the executing authority should NOT check whether the issuing authority has judicial nature under its national law*».

⁴² L. SCOMPARIN ET AL., *Abbreviated National Report – Italy*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione.

emissione «immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile», pertanto anche telefonicamente, dell'impossibilità di adottare una decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione (art. 16, par. 2)⁴³. Ma cosa si deve intendere con ordine incompleto o manifestamente errato e quali sono le conseguenze nel caso in cui l'autorità di emissione non intervenga per emendare l'OEI? Un ordine può definirsi incompleto quando difetta dei requisiti necessari previsti dall'art. 5 e di quelli facoltativi necessari per il corretto svolgimento dell'atto di indagine. Per contro, la definizione di ordine manifestamente errato è più complessa e forse solo la pratica potrà fornire criteri vevoli per ogni OEI; attualmente, se non si vuole ipotizzare l'errore manifesto come un caso di scuola, si può immaginare che lo stesso sia riscontrabile in un ordine trasmesso in una lingua non accettata dallo Stato di esecuzione⁴⁴, ovvero finalizzato ad ottenere l'esecuzione di una misura cautelare o di una confisca. In merito alle conseguenze nel caso in cui l'autorità di emissione non completi o emendi gli errori, poi, la Direttiva non ha assunto alcuna posizione al riguardo, dal momento che si limita a richiedere che l'autorità di esecuzione informi quella di emissione «se è impossibile [...] adottare una decisione», ma non ha previsto sanzioni al riguardo come la restituzione ovvero il diniego del riconoscimento o dell'esecuzione. L'unica certezza che traspare dalla Direttiva è che l'autorità di esecuzione non può prendere nessuna decisione e, pertanto, qualora l'autorità di emissione non trasmetta l'OEI completato e/o emendato, ovvero non lo ritiri, lo stesso rimarrà "in giacenza" presso l'autorità di esecuzione sino a che quella di emissione non si determini in una delle due prospettate strade.

Infine, una terza operazione preliminare prevista dalla Direttiva, che temporalmente è successiva a quella sulla verifica delle attribuzioni dell'autorità di emissione e sulla completezza/non manifesta erroneità dell'allegato A, è disciplinata all'art. 16, par. 1. La citata norma stabilisce che «l'autorità competente dello Stato di esecuzione che riceve un OEI ne accusa ricevuta, senza ritardo e comunque entro una settimana dalla ricezione dell'OEI, compilando e inviando il modulo di cui all'allegato B», nel quale deve necessariamente essere indicata l'autorità ricevente e, qualora l'ordine sia trasmesso per competenza ad altra autorità per l'esecuzione, anche quest'ultima deve figurare all'interno dello stesso (art. 7, par. 6). La Direttiva, pertanto, prevede un obbligo di comunicazione dell'allegato B, ma stante la mancata previsione espressa di cause di invalidità legate alla mancata o alla tardiva

⁴³ Ai sensi dell'art. 16, par. 2, inoltre, «su richiesta dell'autorità di emissione, l'informazione è confermata senza ritardo con qualsiasi mezzo che consenta di conservare una traccia scritta».

⁴⁴ V. anche *retro* Capitolo III.

trasmissione dello stesso (che nella pratica «*is often not sent back*»⁴⁵), si deve ritenere che un'eventuale violazione dell'art. 16, par. 1, pur da evitare, non riverberi alcun effetto giuridico sugli atti di indagine successivamente eseguiti. Un'ulteriore questione che si pone con l'allegato B riguarda la sua traduzione, in quanto l'art. 5, par. 3, impone tale incombenza esclusivamente in relazione all'allegato A. Ragioni di logica e di cortesia istituzionale sembrano condurre a un'interpretazione sistematica (o analogica) del citato art. 5, par. 3, ma non sono mancate interpretazioni diametralmente opposte che, probabilmente indirizzate da considerazioni pragmatiche, escludono la necessità di traduzione dell'allegato B⁴⁶.

3.1. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione in Italia

Il d.lgs. n. 108 del 2017 recepisce due delle tre operazioni preliminari immaginate dalla Direttiva.

La prima è prevista dall'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017, il quale – con una formulazione differente ma nella sostanza identica a quella dell'art. 9, par. 3, Direttiva 2014/41/UE – consente di restituire l'ordine se «emesso da un'autorità diversa dalla giudiziaria o da questa non convalidato».

La seconda, invece, è disciplinata dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017, il cui primo periodo è allineato alla Direttiva, mentre il secondo costituisce un "inedito" tutto italiano. È infatti stabilito che «della ricezione dell'ordine di indagine è data comunicazione, entro sette giorni, all'autorità di emissione, con la trasmissione del modello di cui all'allegato B», e subito dopo si precisa che «in tale modello sono indicate le modalità di esecuzione quando da esse deriva l'impossibilità di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine di indagine». Le citate informazioni aggiuntive (da inserire nella sezione D dell'allegato B), essendo state rese obbligatorie già in sede di ricezione dell'OEI, devono manifestarsi *ictu oculi* nell'allegato A, ma ogni ulteriore potenziale impossibilità di rispettare il dovere di riservatezza deve comunque essere immediatamente comunicato all'autorità di emissione, così come previsto dall'art. 19, par. 2, Direttiva 2014/41/UE. In sostanza, dunque, il legislatore italiano ha previsto un onere aggiuntivo in capo alle autorità di esecuzione nazionali, verosimilmente al fine di accelerare le tempistiche della procedura di riconoscimento.

⁴⁵ Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018 on the European Investigation Order*, 14755/18, 07 dicembre 2018, p. 9.

⁴⁶ C. PARODI, *Principi interpretativi e prassi operative per EIO passivi (Gruppo affari internazionali della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino)*, 29 gennaio 2021, p. 2.

Cionondimeno, rimane non del tutto cristallino il comportamento che deve serbare l'autorità di esecuzione dopo aver comunicato a quella di emissione le modalità di esecuzione che non garantiscono il rispetto del diritto alla riservatezza (deve attendere istruzioni dall'autorità di emissione ovvero può procedere in ogni caso al riconoscimento e all'esecuzione?); e non si comprende altresì per quale motivo non sono state affiancate a quella attualmente prevista anche le ulteriori comunicazioni riguardanti la possibilità di ricorrere a un atto di indagine differente, nonché gli eventuali motivi di rinvio o di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione. Si può allora concludere che, forse, l'eccesso di zelo del legislatore italiano con l'introduzione del secondo periodo dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 sia il sintomo di un'ipertrofia normativa che, spesso, conduce a esiti diversi rispetto a quelli perseguiti. Sarebbe allora preferibile che il secondo periodo in oggetto venisse abrogato (con eventuale sua introduzione in atti di *soft law* unitamente alle altre comunicazioni imposte dalla Direttiva) e che venisse lasciata la più ampia libertà alle autorità di esecuzione nella compilazione dell'allegato B, ivi compresa la sezione D dedicata alle «altre informazioni che possono essere utili all'autorità di emissione».

3.2. Operazioni preliminari al riconoscimento e all'esecuzione nella disciplina degli ordinamenti stranieri

In Francia sono state regolamentate tutte le operazioni preliminari previste dalla Direttiva. In primo luogo, l'art. D47-1-10 PR-CPPF⁴⁷ stabilisce che il procuratore o il giudice istruttore comunichino l'avvenuta ricezione dell'ordine per mezzo dell'allegato B, in linea con quanto dettato dalla Direttiva. Le altre due ipotesi sono disciplinate dall'art. D47-1-12 PR-CPPF⁴⁸, il quale da un lato riflette la disciplina europea, mentre dall'altro presenta una caratteristica francese (e in parte, come si vedrà, anche portoghese). La norma in esame, infatti, prevede che la Francia debba rinviare («*la décision est renvoyée*») all'autorità di emissione tanto un ordine non ricevuto da un'autorità competente ad emetterlo (al pari della Direttiva), quanto un OEI non tradotto in francese o che presenta un allegato A incompleto

⁴⁷ «*Le procureur de la République ou le juge d'instruction du tribunal judiciaire territorialement compétent qui est destinataire de la décision d'enquête européenne en accuse réception sans tarder, et en tout état de cause dans un délai d'une semaine à compter de sa réception, en utilisant le formulaire figurant à l'annexe B de la directive 2014/41/ UE du 3 avril 2014 susmentionnée*».

⁴⁸ «*Si la décision d'enquête n'a pas été émise ou validée par une autorité judiciaire, ou si elle n'a pas été rédigée ou traduite en langue française ou si l'annexe A n'est pas complète, la décision est renvoyée à l'autorité d'émission pour régularisation*».

(a differenza della Direttiva).

La normativa lussemburghese è invece più simile a quella italiana, fatta eccezione per la specificazione ulteriore richiesta nella compilazione dell'allegato B, volta a segnalare le modalità di esecuzione qualora sia impossibile rispettare la riservatezza delle indagini. Pertanto, le autorità del Gran Ducato saranno tenute ad accusare la ricezione, entro sette giorni, con l'invio dell'allegato B (art. 12 l. 1° agosto 2018⁴⁹), nonché a rinviare all'autorità di emissione un ordine non emesso da un'autorità competente a tale scopo (art. 13 l. 1° agosto 2018⁵⁰).

La Spagna, dal canto suo, presenta una disciplina nazionale quasi identica a quella dettata dalla Direttiva. Viene infatti sancito il dovere di rinvio all'autorità di emissione di un ordine emesso da un'autorità non competente (art. 205 LRM RP⁵¹); l'obbligo di notificare la ricezione dell'OEI mediante la trasmissione dell'allegato B (art. 212, par. 1, LRM RP⁵²); nonché l'onere di informare immediatamente l'autorità di emissione se non è possibile adottare una decisione sul riconoscimento perché l'allegato A è incompleto o manifestamente errato, ovvero ancora – ed è un elemento di novità rispetto alla normativa europea – perché non tradotto in castigliano o in altra lingua accettata dalle autorità iberiche (art. 212, par. 2, LRM RP⁵³).

Anche in Portogallo, come in Italia, vengono disciplinate solo due delle tre operazioni preliminari previste dalla Direttiva, ma l'unico punto di contatto tra le due legislazioni nazionali riguarda la trasmissione dell'allegato B. Più nel dettaglio, l'art. 25, par. 1, l. 88/2017⁵⁴ impone alle autorità di esecuzione di accusare la ricezione dell'ordine con la

⁴⁹ «L'autorité judiciaire luxembourgeoise qui reçoit la décision d'enquête européenne en accuse réception sans tarder par tout moyen permettant de laisser une trace écrite, et en tout état de cause dans la semaine à compter de sa réception, en remplissant et envoyant le formulaire figurant à l'annexe B».

⁵⁰ «3. Lorsqu'une autorité judiciaire luxembourgeoise reçoit une décision d'enquête européenne qui n'a pas été émise ou validée par une autorité d'émission telle qu'elle est définie à l'article 2, elle renvoie la décision d'enquête européenne à l'État d'émission».

⁵¹ «2. La autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación que no hubiera sido emitida por la autoridad de emisión competente, o validada en su caso por el juez, tribunal o fiscal competente del Estado de emisión, procederá a su devolución».

⁵² «1. El Ministerio Fiscal, tras recibir la orden europea de investigación, acusará recibo en el plazo máximo de una semana desde la recepción, mediante la cumplimentación del anexo XIV».

⁵³ «2. No obstante lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 206, la autoridad competente española encargada de la ejecución informará sin dilación a la autoridad de emisión en los casos siguientes:

a) Si es imposible adoptar una resolución de reconocimiento y ejecución debido a que el formulario del anexo XIII está incompleto o es manifestamente incorrecto, o no estuviese traducido al castellano o a alguna de las lenguas admitidas por España».

⁵⁴ «1. A autoridade de execução acusa a receção da DEI sem demora, e em qualquer caso no prazo de uma semana a contar da data da receção, preenchemo e enviando o formulário constante do anexo II à presente lei, da qual faz parte integrante».

trasmissione del citato allegato B; mentre l'art. 25, par. 3, l. 88/2017⁵⁵ prescrive di informare immediatamente l'autorità di emissione circa l'impossibilità di procedere a una delibazione sull'OEI, in quanto incompleto, manifestamente errato o non tradotto in una lingua accettata dal Portogallo, al fine di consentire all'autorità di emissione di completare, correggere o tradurre l'ordine ed evitare un'eventuale restituzione (art. 20, par. 2 e 3, l. 88/2017⁵⁶)

Anche la Germania traspone solamente due delle operazioni preliminari prescritte dalla Direttiva. Nello specifico, l'art. 91d, par. 2 e 3, IRG⁵⁷ prevede che le autorità tedesche accusino la ricezione dell'OEI entro sette giorni mediante l'utilizzo dell'allegato B e che se il modello di cui all'allegato A è incompleto o manifestamente errato, di tale circostanza sia immediatamente informata l'autorità di emissione.

Come si può notare dall'analisi delle legislazioni straniere, anche sul tema delle operazioni preliminari gli Stati membri hanno adottato soluzioni tra loro ampiamente eterogenee: Francia e Spagna le implementano tutte, mentre Lussemburgo, Portogallo e Germania ne traspongono due su tre. Inoltre, Francia e Portogallo hanno introdotto, rispetto alla Direttiva, un motivo di restituzione dell'OEI inedito, che permette alle autorità nazionali di esecuzione di rinviare all'autorità emittente un ordine incompleto, manifestamente errato o non tradotto in una lingua accettata nello Stato richiesto. L'esperienza europea consente allora di concludere che la normativa italiana potrebbe essere ulteriormente migliorata tramite l'introduzione di un dovere di informare l'autorità di emissione qualora sia impossibile procedere al

⁵⁵ «3. Sem prejuízo do disposto nos n.os 4 e n.º 5 do artigo 21.º, a autoridade de execução informa imediatamente, por qualquer meio, a autoridade de emissão, sempre que:

a) Seja impossível tomar uma decisão sobre o reconhecimento ou a execução, em virtude de o preenchimento do formulário constante do anexo I à presente lei estar incompleto ou manifestamente incorreto ou não se encontrar traduzido nos termos do n.º 5 do artigo 18.º».

⁵⁶ «2. Se a DEI não respeitar o disposto no artigo 6.º, por o formulário constante do anexo I à presente lei se mostrar preenchido de forma incompleta ou manifestamente incorreta ou por não se encontrar traduzida nos termos do n.º 5 do artigo 18.º, a autoridade nacional de execução informa a autoridade de emissão, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 25.º, solicitando que este seja devidamente completado ou corrigido ou traduzido.

3. A falta de tradução e o não suprimento dos vícios referidos no número anterior impede a autoridade nacional de execução de tomar decisão sobre o reconhecimento, sendo a DEI devolvida à autoridade de emissão».

⁵⁷ «2. Der Empfang eines Ersuchens nach Absatz 1 ist unverzüglich, spätestens aber binnen einer Woche nach seinem Eingang bei der zuständigen Stelle durch eine Mitteilung zu bestätigen, die dem in Anhang B der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebenen Formblatt in der jeweils gültigen Fassung entspricht. Ist ein Ersuchen bei einer nicht zuständigen Stelle eingegangen, ist es an die zuständige Stelle weiterzuleiten; die ersuchende Stelle ist über die Weiterleitung durch eine Mitteilung nach Satz 1 zu unterrichten.

3. Ist ein Formblatt nach Absatz 1 unvollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefüllt und kann deshalb Rechtshilfe nicht geleistet werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Die Unterrichtung soll in einer Form erfolgen, die einen schriftlichen Nachweis ermöglicht».

riconoscimento dell'OEI a causa dell'incompletezza, della manifesta erroneità o della mancata traduzione dell'allegato A, con eventuale previsione di un motivo di restituzione specifico se l'allegato A non viene completato, corretto o tradotto. Il tutto con una precisazione: al fine di evitare aggiramenti dei principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, sarebbe opportuno non ricorrere al citato motivo di restituzione (analogo a quello francese e spagnolo) in tutte quelle situazioni in cui l'ordine presenti mancanze che non inficiano la tenuta logica complessiva dell'ordine di indagine, ossia qualora l'ordine sia ugualmente eseguibile nonostante alcune incompletezze o inesattezze.

4. Il procedimento di riconoscimento ed esecuzione: caratteri generali, termini e obblighi di riservatezza

Il procedimento di riconoscimento ed esecuzione, al netto di un'eventuale presenza di motivi di rifiuto, rinvio o sostituzione su cui si tornerà, rappresenta fisiologicamente una delle parti della Direttiva (unitamente al tema delle impugnazioni) più "generaliste", che lascia ampio spazio alla regolamentazione di dettaglio dei singoli Stati membri.

Più nello specifico, la Direttiva recepisce – seppur in modo edulcorato – uno dei principi cardine del mutuo riconoscimento, consistente nell'automatico *enforcement* degli ordini ricevuti da parte di autorità allogene. L'art. 9, par. 1, stabilisce così che «l'autorità di esecuzione riconosce un OEI [...] senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione», fatto salvo il caso in cui decida di addurre uno dei citati motivi di non riconoscimento, di non esecuzione o di rinvio previsti dai successivi artt. 11 e 15, nonché qualora ritenga di ricorrere a un diverso atto di indagine ai sensi dell'art. 10. Tutto il procedimento, in altre parole, è sorretto dalle discipline nazionali.

È evidente, dunque, come la Direttiva abbia adottato un'impostazione "minimalista", volutamente evitando di dettare un procedimento uniforme per tutti gli Stati membri, al fine di rispettare le differenze che caratterizzano i sistemi processuali nazionali. Al momento, infatti, in mancanza di una previa opera di armonizzazione "forte", volta a creare una vera e propria "procedura penale europea", sarebbe stata del tutto fuori luogo una scelta differente del legislatore sovranazionale. Prima di giungere a tale soluzione, è comunque ormai ineludibile un'opera di armonizzazione dei sistemi probatori nazionali (art. 82, par. 2,

TFUE), purtroppo non attuata prima dell'adozione della Direttiva⁵⁸ (a differenza, per esempio, della tematica della confisca, la cui disciplina sostanziale è stata parzialmente armonizzata con la Direttiva 2014/42/UE prima dell'approvazione del Regolamento 2018/1805/UE dedicato al riconoscimento degli ordini di confisca e di congelamento).

Anche la materia della «*confidentiality*» (tradotta con «riservatezza») di cui all'art. 19 Direttiva 2014/41/UE lascia libero spazio alle regolamentazioni nazionali, richiedendo agli Stati di adottare «le misure necessarie per assicurare che, nell'esecuzione di un OEI, l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione tengano in debito conto la riservatezza delle indagini». Con particolare riferimento ai doveri dell'autorità di esecuzione, l'art 19, par. 2, impone a quest'ultima di garantire «la riservatezza dei fatti e del contenuto dell'OEI, salvo nella misura necessaria all'esecuzione dell'atto di indagine». Tuttavia, quando non sia possibile rispettare tale onere, è previsto che ne sia data informazione senza ritardo all'autorità di emissione, al chiaro fine di consentire a quest'ultima di eventualmente ritirare l'ordine, qualora ritenga, per esempio, che il venir meno della *confidentiality* cagionerebbe alle indagini maggiori danni rispetto ai benefici che l'espletamento dell'OEI richiesto apporterebbe alle stesse. In altre parole, il legislatore europeo altro non fa che richiedere il rispetto del c.d. segreto istruttorio per evitare di vanificare l'efficacia investigativa nello Stato di emissione; al contempo, però, in un bilanciamento di interessi, ammette che si possano verificare situazioni in cui è impossibile rispettare tale onere e rimette la scelta in merito all'esecuzione dell'atto in capo allo Stato di emissione, il quale si trova nella posizione migliore per insistere o meno con l'*enforcement* di quanto richiesto.

Molto più dettagliata, al contrario, si profila la disciplina dei termini, la quale, nonostante un primo paragrafo di ampio respiro, è sufficientemente precisa e incondizionata e potrebbe finanche trovare applicazione diretta nei singoli ordinamenti nazionali. L'art. 12, par. 1, esordisce richiedendo che il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI avvengano con «la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo»; una formula che echeggia, per certi aspetti, l'art. 9, par. 1, nella parte in cui impone di riconoscere ed eseguire un ordine «nello stesso modo e secondo le stesse modalità» con cui provvederebbe se l'atto di indagine fosse adottato da un'autorità interna. Subito dopo, però, l'art. 12, par. 1, prescrive che riconoscimento ed esecuzione debbano avvenire «entro i termini previsti dal presente articolo»;

⁵⁸ Il legislatore europeo ha agito diversamente in tema di sequestri cautelari e confisca, la cui disciplina sostanziale è stata parzialmente armonizzata con la Direttiva 2014/42/UE prima dell'approvazione del regolamento 2018/1805/UE dedicato al riconoscimento degli ordini di confisca e di congelamento.

non essendo però previsti a pena di decadenza, tali termini devono essere intesi come meramente ordinatori, con la conseguenza che il loro mancato rispetto non sarà foriero di risvolti processuali negativi (potendo causare al più spiacevoli “frizioni” tra le autorità coinvolte)⁵⁹. Invero, un’eventuale sanzione potrebbe riverberare effetti negativi sull’utilizzabilità della prova nello Stato di emissione, punendo ingiustamente l’autorità emittente per colpe a lei non addebitabili.

Dalla ricezione dell’OEI, l’autorità di esecuzione, oltre ad accusare la ricezione entro sette giorni mediante la compilazione e la trasmissione dell’allegato B, dovrebbe portare a compimento l’atto di indagine nel termine (ordinatorio)⁶⁰ massimo di 120 giorni⁶¹: 30 giorni sono concessi per il riconoscimento e 90 per l’esecuzione. Più nello specifico, ai sensi dell’art. 12, par. 3, «la decisione sul riconoscimento o sull’esecuzione è adottata il più rapidamente possibile e comunque [...] entro trenta giorni dalla ricezione dell’OEI», ma se non è possibile rispettare tale termine, l’autorità richiesta informa quella di emissione, indicando i motivi del ritardo, e può essere concessa una proroga per un massimo di 30 giorni (art. 12, par. 5); l’art. 12, par. 4, dispone invece che «l’autorità di esecuzione compie l’atto di indagine senza ritardo e [...] entro 90 giorni dalla decisione di cui al paragrafo 3», salvo che sussistano motivi di rinvio o che «le prove che si intendono acquisire con l’atto di indagine indicato nell’OEI siano già in possesso dello Stato di esecuzione». Anche in questo caso, tuttavia, se non è possibile rispettare il termine, l’autorità di emissione deve esserne informata senza ritardo e consultata «sul momento appropriato per compiere l’indagine» (art. 12, par. 6).

Dal combinato disposto del paragrafo 3 e del paragrafo 4 sembra potersi far discendere che se una prova è già in possesso dell’autorità di esecuzione, il termine entro il quale la stessa deve essere consegnata è di soli 30 giorni e non opera il secondo termine di 90 giorni⁶². Invero, la clausola di riserva introdotta nel paragrafo 4 («salvo qualora [...] le prove

⁵⁹ In tema di MAE, ma i principi valgono anche per l’OEI, la Corte di Giustizia ha statuito che «permane l’obbligo di adottare la decisione sull’esecuzione del mandato d’arresto europeo dopo la scadenza dei termini stabiliti dall’articolo 17»: C.G.U.E, Grande Sezione, 16 luglio 2015, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, C-237/15.

⁶⁰ V. Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit.

⁶¹ E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación*, in *InDret*, 2021, 4, p. 420, i termini previsti dalla Direttiva sono eccessivamente lunghi: «*los plazos estipulados para la toma de la decisión son excesivamente amplios, que pueden contribuir a que el procedimiento se demore*».

⁶² M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d’enquête européenne*, op. cit., p. 887; G. BARROCU, *La coopération investigativa*, op. cit., p. 222.

che si intendono acquisire [...] siano già in possesso dello Stato di esecuzione), unitamente alle espressioni adoperato nel paragrafo 3 («la decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione»), non possono non deporre in tal senso. La decisione sull'esecuzione, infatti, comporta il compimento di un atto contestualmente alla stessa, come nel caso di prove già in possesso dell'autorità richiesta: è sufficiente, per quest'ultima, trasmettere le prove all'autorità di esecuzione contestualmente alla decisione sul riconoscimento⁶³. Al contrario, qualora tale contestualità non possa operare (si pensi al caso di perquisizioni, sequestri o escussioni testimoniali), troverà applicazione il regime bifasico: 30 giorni per il riconoscimento dal momento della ricezione dell'OEI e 90 giorni per l'esecuzione che decorrono da quest'ultima decisione.

Come già anticipato nel capitolo precedente, possono poi verificarsi casi in cui l'atto da compiere sia urgente o debba essere eseguito in una data prefissata. In simili situazioni viene meno l'operatività delle tempistiche sopra rappresentate e l'art. 12, par. 2, stabilisce che l'autorità di esecuzione «tiene in massima considerazione» le esigenze dell'autorità di emissione: sebbene non costituisca un vero e proprio obbligo, è comunque opportuno che ci si adoperi proattivamente per cercare di dar seguito alle ragioni di urgenza indicate dall'autorità di emissione. Peraltro, si consideri ancora che l'esecuzione in data specifica è ulteriormente garantita dal paragrafo 5, il quale prevede che se non è possibile ottemperare a tale richiesta, l'autorità di esecuzione deve informare quella di emissione e può essere concessa una proroga fino a 30 giorni.

Infine, vi è da sottolineare come l'art. 16, par. 2, lett. b), Direttiva 2014/41/UE disegni un particolare obbligo di informazione dell'autorità di esecuzione, la quale è tenuta a segnalare immediatamente all'autorità di emissione se ritiene opportuno, «senza ulteriori accertamenti, compiere atti di indagine non previsti inizialmente o che non hanno potuto essere specificati all'atto dell'emissione dell'OEI», al fine di consentire all'autorità richiedente di eventualmente adottare «ulteriori provvedimenti nel caso specifico». A titolo esemplificativo, se nel corso di un'intercettazione si scopre che l'indagato detiene ingenti quantità di sostanze stupefacenti in un capannone abbandonato, l'autorità di esecuzione potrà suggerire a quella di emissione di procedere con una perquisizione seguita da sequestro, così da consentire l'ablazione patrimoniale del corpo del reato.

⁶³ Di diverso avviso C. PARODI, *Principi interpretativi e prassi operative per EIO passivi*, Linee guida della Procura della Repubblica di Torino, 29 gennaio 2021, p. 3, secondo cui «nel decreto [di riconoscimento] non potrà essere disposta direttamente l'esecuzione delle attività richieste».

4.1. Riconoscimento ed esecuzione in Italia

La disciplina italiana sul riconoscimento e l'esecuzione presenta – se possibile – maglie ancor più larghe di quelle europee e si allinea solo parzialmente alla Direttiva.

Innanzitutto, inspiegabilmente non è stata recepita la disposizione in virtù della quale l'autorità richiesta deve riconoscere ed eseguire un OEI nello stesso modo e con le stesse modalità di un atto interno. L'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce, infatti, che nel procedimento di esecuzione si osservano «le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato»⁶⁴, ad eccezione delle operazioni sotto copertura per le quali si applica necessariamente la legge italiana; nulla, al contrario, è previsto se lo Stato emittente non insta affinché l'ordine sia eseguito in ottemperanza a determinate prescrizioni e non sia stata richiesta l'esecuzione di una *undercover operation*. Ragioni logico-sistematiche (evitare un vuoto legislativo), prima ancora che legate al generale obbligo di interpretazione conforme delle discipline nazionali con il diritto dell'UE, non possono che far propendere per l'applicazione diretta del principio di equivalenza (art. 9, par. 1, Direttiva 2014/41/UE) e, di conseguenza, per l'esecuzione dell'atto richiesto, in assenza di espresse richieste dell'autorità di emissione, secondo le regole interne. Pertanto, a titolo esemplificativo, un sequestro probatorio sarà eseguito dal pubblico ministero o dal GIP secondo le formalità di cui all'art. 253 c.p.p.; una ricognizione sarà condotta dal GIP ai sensi dell'art. 213 c.p.p.; un'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e telematico seguirà – come visto – i dettami dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 (riconoscimento del pubblico ministero, autorizzazione del GIP, esecuzione del pubblico ministero).

⁶⁴ I principi dell'ordinamento giuridico dello Stato sono dalla dottrina ricondotti ai «valori di uguaglianza, di libertà e di solidarietà integrati nel principio di dignità»: F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci e ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 14. La medesima dottrina ha valorizzato il rispetto dei citati principi anche da un punto di vista puramente processuale, richiamando l'art. 188 c.p.p. che «vietando l'ingresso nel processo di prove ottenute con metodiche tali da vanificare l'attitudine della persona all'autodeterminazione, garantisce il rispetto della dignità della persona, ben può essere individuata quale punto di riferimento della libera circolazione della prova, sia quando è chiamata a soddisfare i bi-sogni dettati dal co. 2 dell'art. 4 d. lgs., sia quando risponde a quelli generali del paragrafo 2 dell'art. 9 della Direttiva».

Sulla stessa tematica anche M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, op. cit., ritiene che «è la stessa Direttiva ad essere ambigua. [...] Tutto si gioca, come è agevole intuire, intorno all'evanescente concetto di "principio fondamentale". Di sicuro vi rientra il rispetto della libertà morale delle persone che partecipano al processo. Più incerto se ricomprenda anche la necessità di osservare le garanzie difensive e il metodo dell'esame incrociato».

Disposizioni più specifiche sono dettate, invece, per i termini e per alcuni aspetti di dettaglio. In relazione a questi ultimi, l'art. 9, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017 prescrive al procuratore della Repubblica di richiedere, ove necessaria, l'autorizzazione a procedere al ministro della giustizia; mentre l'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 108 del 2017 richiama la disciplina di cui all'art. 366, comma 1, c.p.p. concernente l'avviso di deposito degli atti che, come si vedrà, interferisce con la trasmissione senza ritardo degli stessi all'autorità di emissione.

Un ulteriore aspetto di specificità della disciplina italiana è dettato dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017, il quale regolamenta l'obbligo di comunicare il decreto di riconoscimento «al difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto», ovvero nel momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo se il difensore ha il diritto di assistervi senza preavviso. Se non si considera il fatto che la norma tiene in considerazione esclusivamente gli indagati e non anche gli imputati (sarebbe infatti stato preferibile riferirsi agli imputati⁶⁵, in quanto l'art. 61 c.p.p. estende i diritti e le garanzie di questi ultimi anche alle persone sottoposte alle indagini), l'orientamento giurisprudenziale più recente⁶⁶ – contrastato dalla dottrina maggioritaria⁶⁷ e da altro orientamento poco più risalente⁶⁸ – ritiene che dalla mancata comunicazione del decreto di riconoscimento (che deve comunque essere autonomo rispetto ad altri atti processuali)⁶⁹ non consegua alcuna nullità, in quanto si tratterebbe di una mera formalità che, al più, postergherebbe nel tempo il diritto di impugnazione del decreto stesso⁷⁰.

Anche con riferimento ai termini, come in molte altre parti della legge di recepimento, il

⁶⁵ M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1023.

⁶⁶ Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048; Cass., Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885.

⁶⁷ M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 aprile 2019; G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2535.

⁶⁸ Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, n. 14413; Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320.

⁶⁹ Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, *Brega*, n. 14413 (con nota di M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 aprile 2019), secondo cui l'OEI non può essere riconosciuto solamente di fatto nel contesto di un altro atto processuale (nel caso di specie un decreto di sequestro probatorio), ma deve necessariamente intervenire un decreto motivato di riconoscimento, in quanto riconoscimento ed esecuzione sono «fasi temporalmente e logicamente connesse, ma fra loro ben distinte sul piano strutturale e funzionale, e in nessun modo sovrapponibili, poiché rispondenti a diversi presupposti giustificativi ed orientate a soddisfare diverse finalità, alla cui realizzazione o meno si ricollegano effetti diversi, anche sul piano della concreta operatività della procedura di cooperazione attivata dall'autorità di emissione».

⁷⁰ Sulla tematica si tornerà ampiamente nel Capitolo V.

decreto legislativo si connota per una certa imprecisione⁷¹. L'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017, infatti, prevede che il riconoscimento dell'OEI debba avvenire, con decreto motivato, entro «trenta giorni dalla sua ricezione o entro il diverso termine indicato dall'autorità di emissione, e comunque non oltre sessanta giorni»; all'esecuzione, dal suo canto, si deve provvedere entro i 90 giorni successivi al riconoscimento. Quattro aspetti vengono immediatamente in evidenza: non è previsto che l'esecuzione possa avere luogo in una data specifica espressamente indicata dall'autorità di emissione (art. 12, par. 2, Direttiva 2014/41/UE); si estende il termine per il riconoscimento a 60 giorni, senza imporre all'autorità di esecuzione di informare di tale circostanza l'autorità di emissione, indicando contestualmente i motivi del ritardo e il tempo necessario per adottare la decisione (art. 12, par. 5, Direttiva 2014/41/UE); non è contemplata la decisione sull'esecuzione entro i 30 giorni dal ricevimento dell'OEI per le prove già in possesso dell'autorità di esecuzione (art. 12, par. 1, Direttiva 2014/41/UE); non viene trasposta la possibilità che il termine per l'esecuzione non venga rispettato, con conseguente consultazione tra autorità richiedente e autorità richiesta (art. 12, par. 6, Direttiva 2014/41/UE).

La disciplina italiana, dunque, sembra suscettibile di margini di miglioramento, ma le mancanze normative possono essere supplite in via interpretativa. L'esecuzione in data specifica può essere ricavata dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 nella parte in cui impone di eseguire l'OEI «entro il diverso termine indicato dall'autorità di emissione»: il diverso termine può, infatti, essere inteso come un giorno esatto in cui eseguire l'ordine. L'esecuzione entro 30 giorni prorogabili di ulteriore trenta previa comunicazione all'autorità di emissione, anziché entro 60 giorni, è il frutto di un'esegesi conforme al diritto dell'UE. Così come discende da una lettura comunitariamente orientata della normativa nazionale anche la possibilità di eseguire l'OEI – nella specie la trasmissione di atti già in possesso dell'autorità italiana – entro i 30 giorni previsti per il riconoscimento di un ordine. Infine, l'omessa previsione di situazioni in cui l'esecuzione non avvenga entro i 90 giorni stabiliti dall'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 è una circostanza espressamente voluto dal legislatore, per il quale «non si è inteso disciplinare espressamente la richiesta di proroga contemplata dal § 5 dell'articolo 12 della Direttiva, dal momento che i termini, che vanno intesi come ordinatori, nel rispetto comunque degli obblighi di comunicazione, sono estesi fino a

⁷¹ Così anche M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1025, il quale ritiene che «in verità il dettato normativo non appare rigoroso».

sessanta giorni dal comma 1 dell'articolo 4»⁷². Nonostante la poco felice presa di posizione del legislatore, si deve comunque ritenere che possa trovare applicazione diretta nel nostro ordinamento l'art. 12, par. 6, Direttiva 2014/41/UE, il quale contempla la possibilità di esecuzione tardiva, previa procedura di consultazione con l'autorità di emissione.

Infine, vi è ancora da segnalare come la normativa italiana non si faccia minimamente carico di disciplinare la possibilità che ulteriori indagini si rendano necessarie durante l'esecuzione di un OEI. Anche in questo caso deve però ritenersi che possa trovare applicazione diretta l'art. 16, par. 2, lett. b), Direttiva 2014/41/UE.

4.2. Riconoscimento ed esecuzione in altri ordinamenti

La disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione in Francia si pongono in linea con l'impostazione della Direttiva. Da un punto di vista generale, infatti, l'art. 694-17 CPPF⁷³ introduce il principio di equivalenza, mentre i successivi artt. 694-35⁷⁴ e 694-37⁷⁵ CPPF, nonché l'art. D47-1-15 PR-CPPF⁷⁶, dettano termini che rispecchiano *in toto* quelli indicati dalla Direttiva, ivi comprese le eventuali proroghe. Infine, l'art. 694-40 CPPF⁷⁷ non manca di disciplinare la specifica ipotesi in cui l'autorità procedente ritenga necessario esperire

⁷² Relazione illustrativa, op. cit., p. 4.

⁷³ «Les Etats membres reconnaissent sans aucune formalité une décision d'enquête européenne et ils l'exécutent de la même manière et selon les mêmes modalités que si la demande émanait d'une autorité judiciaire nationale [...]».

⁷⁴ «Le magistrat saisi prend la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne avec la même célérité et priorité que dans le cadre d'une procédure nationale similaire et au plus tard trente jours après la réception de la décision d'enquête européenne.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter ce délai, il en informe sans tarder l'autorité compétente de l'Etat d'émission par tout moyen disponible, en indiquant les raisons du retard et une estimation du temps nécessaire pour prendre une décision. Dans ce cas, ce délai peut être prorogé de trente jours maximum».

⁷⁵ «La décision d'enquête est exécutée dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de la décision prévue par l'article 694-35. Si des circonstances particulières justifient une prolongation de ce délai, l'autorité d'émission en est immédiatement informée, ainsi que des raisons qui la motivent et de la date prévisible d'exécution de la décision d'enquête».

⁷⁶ «Lorsque l'autorité d'émission a indiqué dans la décision d'enquête européenne qu'en raison de délais de procédure, de la gravité de l'infraction ou d'autres circonstances particulièrement urgentes, un délai plus court que ceux prévus par les articles 694-35 et 694-37 est nécessaire, ou si l'autorité d'émission a indiqué dans la décision d'enquête européenne que la mesure d'enquête doit être exécutée à une date spécifique, le magistrat saisi tient compte au mieux de cette exigence.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter ce délai, le magistrat saisi en informe l'autorité d'émission et le délai est prorogé conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 694-35 et du premier alinéa de l'article 694-37».

⁷⁷ «Si, en cours d'exécution de la décision d'enquête, le magistrat saisi juge opportun de diligenter des mesures d'enquête non prévues initialement ou qui n'avaient pas pu être spécifiées au moment de l'émission de la décision d'enquête européenne, il en informe sans délai l'autorité d'émission afin qu'elle puisse le cas échéant demander de nouvelles mesures».

ulteriori indagini, prescrivendo a quest'ultima un dovere di informare l'autorità di emissione, la quale è l'unica ad avere il potere di «*demander de nouvelle mesure*».

Anche il legislatore lussemburghese accoglie pressoché completamente la linea comunitaria: il principio di equivalenza è previsto dall'art. 13 l. 1° agosto 2018⁷⁸; la disciplina dei termini, comprensivi di proroghe, è nella sostanza identica a quelli della Direttiva (art. 18 l. 1° agosto 2018); così come vi è una trasposizione quasi letterale della possibilità di indicare all'autorità di emissione la necessità di indagini collegate a quelle principali (art. 20, par. 1, n. 2, l. 1° agosto 2018⁷⁹).

La Spagna è in minima parte meno fedele alla Direttiva rispetto a Francia e Lussemburgo, ma comunque ampiamente più in linea di quella italiana. I punti di frizione si rinvencono nell'art. 208, par. 1, primo periodo, LRMRP, il quale stabilisce che l'autorità competente riconosce l'OEI e ordina l'esecuzione dell'atto richiesto, mentre l'art. 12, par. 1, Direttiva 2014/41/UE pone su un piano disgiunto i due provvedimenti (di riconoscimento o di esecuzione); per il resto la normativa spagnola è *compliant* con la Direttiva. Inoltre, benché l'art. 218, par. 1, LRMRP si limiti a stabilire che l'ordinanza o il decreto contengano «*las instrucciones necesarias para la práctica de las medidas de investigación solicitadas*», la stessa norma deve essere letta alla luce dell'art. 21 LRMRP⁸⁰ che, inserito nella parte generale della legge, trova applicazione per tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento e sancisce tanto l'applicazione del principio di equivalenza quanto il rispetto di eventuali formalità e procedure indicate dall'autorità di emissione. Ancora aderenti alle disposizioni della Direttiva, infine, sono quelle relative ai termini (art. 208 LRMRP), alla facoltà di suggerire all'autorità di emissione ulteriori indagini non previste nell'OEI (art. 212, par. 2, lett. b),

⁷⁸ «1. L'autorité judiciaire luxembourgeoise reconnaît une décision d'enquête européenne sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et veille à ce qu'elle soit exécutée de la même manière et suivant les mêmes modalités que si la mesure d'enquête concernée avait été ordonnée par une autorité luxembourgeoise [...]».

⁷⁹ «1. L'autorité judiciaire luxembourgeoise informe l'autorité d'émission, immédiatement et par tout moyen disponible:

[...]

2° si, au cours de l'exécution de la décision d'enquête européenne, elle juge opportun, sans autres vérifications, de diligenter des mesures d'enquête non prévues initialement ou qui n'avaient pas pu être spécifiées au moment de l'émission de la décision d'enquête européenne, pour permettre à l'autorité d'émission de prendre de nouvelles mesures dans le cas d'espèce».

⁸⁰ «1. La ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española.

No obstante lo anterior, la autoridad judicial española competente observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad judicial del Estado de emisión siempre que esas formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español».

LRMRP⁸¹) e alla *confidentiality* (art. 213 LRMRP⁸²).

Il Portogallo presenta una disciplina simile a quella spagnola. Il principio di equivalenza (art. 18 l. 88/2017), i termini (art. 26 l. 88/2017) e la possibilità di indicare all'autorità di emissione un atto di indagine collegato a quello oggetto di esecuzione (art. 25, par. 3, lett. b), l. 88/2017) sono allineati alle previsioni della Direttiva. La discrasia rispetto a quest'ultima si rinviene nell'art. 20, par. 1 e 4, l. 88/2017⁸³, il quale accomuna la decisione sul riconoscimento e sull'esecuzione, a differenza di quanto previsto dalla Direttiva che, come visto, all'art. 12, par. 1, le prevede in via alternativa.

La Germania è anch'essa parzialmente in linea con la Direttiva, in quanto prevede disposizioni analoghe a quelle di quest'ultima in relazione al principio di equivalenza (art. 91h, par. 1, IRG) e ai termini (art. 91g IRG).

In conclusione, si può osservare come la legge di recepimento italiana sia la più distonica rispetto alla normativa sovranazionale tra quelle analizzate e necessiterebbe di interventi correttivi di non secondaria importanza. Sarebbe infatti opportuno: 1) precisare che le decisioni sul riconoscimento e sull'esecuzione, nel caso di prove già in possesso dell'autorità italiana, possono essere alternative; 2) prevedere che i termini per il riconoscimento (o per l'esecuzione) siano fissati in 30 giorni, eventualmente prorogabili di ulteriori 30 previa comunicazione motivata all'autorità di emissione; 3) stabilire che vi possa essere la possibilità che il termine di 90 giorni per l'esecuzione dell'OEI, a seguito del suo riconoscimento, non venga rispettato e, di conseguenza, disciplinare la procedura di consultazione di cui all'art. 12, par. 6, Direttiva 2014/41/UE; 4) introdurre la possibilità di informare l'autorità di

⁸¹ «2. No obstante lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 206, la autoridad competente española encargada de la ejecución informará sin dilación a la autoridad de emisión en los casos siguientes:

[...]

b) Si considera que en la ejecución de la orden europea de investigación puede ser oportuno llevar a cabo otras medidas de investigación no previstas en la orden, a fin de que la autoridad de emisión pueda adoptar nuevas medidas en el caso de que se trate».

⁸² «Cuando ejecute una orden europea de investigación, la autoridad competente española tiene la obligación de guardar confidencialidad de los hechos y el fondo de la misma, excepto en el grado en que sea necesario para ejecutar la medida de investigación, y cualquier publicidad será siempre objeto de previa consulta con la autoridad del Estado de emisión».

⁸³ «1. Recebida a DEI, a autoridade nacional competente para a execução verifica se esta respeita os limites e âmbito de aplicação, tal como previstos no n.º 2 do artigo 2.º e nos artigos 4.º e 5.º e se esta se encontra emitida nos termos do artigo 6.º, respeitando os requisitos de forma e conteúdo, e se das informações dela constantes se evidencia algum dos motivos de recurso a medida de tipo diferente da indicada, de não reconhecimento ou não execução, ou de adiamento, nos termos dos artigos 21.º, 22.º e 24.º, de que desde logo possa conhecer.

4. Verificada a regularidade formal e substancial da DEI, a autoridade nacional de execução profere decisão de reconhecimento e ordena, prática ou assegura os atos necessários à execução».

emissione «se durante l'esecuzione dell'OEI l'autorità di esecuzione ritiene opportuno [...] compiere atti di indagine non previsti inizialmente o che non hanno potuto essere specificati all'atto dell'emissione dell'OEI, per consentire all'autorità di emissione di adottare ulteriori provvedimenti nel caso specifico» (art. 16, par. 2, lett. b), Direttiva 2014/41/UE).

5. Tra *lex loci* e *lex fori*

Come visto nel Capitolo II, uno dei principi fondanti i più recenti strumenti di mutua assistenza e metabolizzato da quelli successivi di mutuo riconoscimento consiste nella tendenziale applicazione della legge dello Stato di emissione (*lex fori*) per l'assunzione di prove nello Stato di esecuzione⁸⁴, in via surrogatoria o integrativa rispetto a quella di quest'ultimo (*lex loci*).

Il ricorso alla *lex fori* nello Stato richiesto⁸⁵ (art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE), pur affievolito (come si è visto e come si vedrà) da talune disposizioni della Direttiva, assolve al primario compito di rendere utilizzabile (o comunque di «facilitare l'ammissione»⁸⁶ di) una prova raccolta in territorio straniero in un procedimento nazionale⁸⁷. Invero, la mancanza di armonizzazione dei requisiti sostanziali e procedurali degli atti di indagine e delle prove a livello unionale conduce – come già più volte evidenziato – al risultato di avere la contemporanea presenza di una vasta eterogeneità di discipline nazionali che possono presentare tratti tra loro contrastanti o comunque non del tutto allineati. Come risultato, lo Stato di emissione può ricevere una prova che, assunta secondo le regole dello Stato di esecuzione, rischia di essere del tutto inutilizzabile. In particolar modo, questa situazione può verificarsi quando la disciplina dello Stato di esecuzione presenta garanzie inferiori rispetto

⁸⁴ Di diverso avviso F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p. 684, il quale ritiene che «la possibilità di invocare il ricorso alla *lex fori* andrebbe sfruttata *cum grano salis*, solo per quanto rilevi come strettamente indispensabile a garantire la “provvista” probatoria». In senso analogo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 215.

⁸⁵ Secondo alcuni si può ricorrere alla *lex fori* esclusivamente per richiedere «lo modalità istruttorie necessarie ai fini della spendibilità processuale nello Stato di emissione delle prove raccolte all'estero» (M. DANIELE, *L'impatto*, op. cit., p. 70; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea”*, op. cit., p. 163). Al contrario, invece, chi ritiene che non vi siano limiti: T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, pp. 42 s.; R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2018, 5, p. 1444.

⁸⁶ A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 115.

⁸⁷ Vi è chi ha osservato come, sotto il vigore della Convenzione di Bruxelles, lo Stato emittente indichi una particolare modalità di esecuzione solo tra il 20% e il 50% dei casi totali: G. VERMEULEN-W. DE BONDT-Y VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters: towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Maklu, 2010, p. 22.

a quelle previste dallo Stato di emissione e, in ogni caso, quando devono essere rispettate talune formalità previste a pena di invalidità (intesa nell'accezione più ampia del termine) dell'atto. È il caso, per esempio, degli avvertimenti che devono essere dati all'indagato in sede di interrogatorio, previsti a pena di inutilizzabilità *ex art. 64 c.p.p.* Nel caso in cui l'OEI fosse indirizzato a uno Stato che non contempla tali avvertimenti, in assenza dell'operatività del principio della *lex fori* l'interrogatorio assunto in territorio straniero sarebbe del tutto inutilizzabile in Italia, dal momento che non si può ritenere che una prova allogena divenga utilizzabile per il sol fatto di essere assunta fuori dai confini nazionali. Al contrario, se lo Stato straniero prevedesse, oltre agli avvisi del nostro codice di rito, ulteriori avvertimenti a garanzia del diritto di difesa (si può ipotizzare, a titolo esemplificativo, in merito alla facoltà di farsi assistere da più di un difensore, alla possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato o al diritto all'interpretazione e alla traduzione), questi ultimi non inficerebbero naturalmente la validità dell'atto compiuto.

In altre parole, si può sostenere che il pieno rispetto della *lex fori* rappresenta una duplice garanzia: da un lato per lo Stato di emissione, in quanto permette di utilizzare le prove assunte all'estero nel procedimento nazionale; dall'altro per il cittadino, dal momento che impone alle autorità di esecuzione il rispetto delle stesse garanzie che verrebbero adottate nello Stato richiedente in un caso analogo e, al contempo, consente che a queste ultime si aggiungano quelle ulteriori previste nello Stato richiesto. Inoltre, si può immaginare (o forse solo auspicare) che la ripetuta e costante applicazione del principio della *lex fori* possa condurre (nel medio-lungo periodo) a un'opera di armonizzazione indiretta⁸⁸ delle discipline nazionali o, eventualmente, a spingere gli Stati o la Commissione ad azionare l'art. 82 TFUE e adottare direttive finalizzate a tale scopo. Il potere giudiziario gioca, infatti, un ruolo comprimario nella sensibilizzazione del potere legislativo (unitamente a quello dell'accademia e dell'avvocatura), in quanto è foriero di esperienze che possono aiutare quest'ultimo a

⁸⁸ In senso analogo M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2018, 6, p. 2220, secondo cui «l'attuazione del corpus normativo dell'OEI, infatti, può comportare un progressivo avvicinamento dei sistemi, grazie, da un lato, a una valorizzazione dei principi fondamentali di matrice europea che dovranno innervare l'intera procedura e, dall'altro, alla sollecitazione al dialogo imposto alle autorità giudiziarie nazionali». Un'opera di «armonizzazione in concreto» è rinvenuta da P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1, p. 1297, nelle procedure di consultazione. Secondo A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, pp. 258 s., «si tratta senza dubbio di un fenomeno più lento rispetto a un intervento normativo diretto, anche se potrebbero essere proprio dialoghi spontanei come questo – privi dello stigma dell'imposizione – a preparare il terreno per futuri e più ambiziosi progetti».

implementare al meglio la normativa sovranazionale. Il confronto con esperienze straniere potrebbe, dunque, consentire agli ordinamenti giuridici nazionali di influenzarsi vicendevolmente e giungere a un'armonizzazione "spontanea", per mezzo di interventi legislativi nei singoli Stati, o, più verosimilmente ma comunque non nel breve periodo, a determinare un cambio di prospettiva dei legislatori nazionali, rendendoli più propensi alla cessione di una della propria sovranità anche nel settore probatorio. Il tutto, ovviamente, in una prospettiva *de iure condendo*.

De iure condito, al contrario, la Direttiva opera un contemperamento tra *lex loci* e *lex fori*, con l'obiettivo di «tutelare al massimo grado la sovranità nazionale»⁸⁹, nonché di porsi «al riparo dal rischio di subire gli effetti deleteri del mutuo riconoscimento non accompagnato da una coeva e consistente opera di armonizzazione delle procedure»⁹⁰. L'art. 9, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, infatti, impone all'autorità di esecuzione di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente Direttiva disponga altrimenti»⁹¹, e «sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». In tal caso, per quanto in concreto possa non essere semplice la verifica della compatibilità di una legge allogena con l'*ordre public* interno⁹², l'art. 16, par. 2, lett. c), Direttiva 2014/41/UE impone all'autorità di esecuzione di informare immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile l'autorità di emissione se «non può attenersi alle formalità e alle procedure» indicate.

Inoltre, anche se non espressamente sancite come deroghe alla *lex fori*, vi sono almeno tre ulteriori situazioni in cui il principio della *lex loci* torna ad operare pienamente. Da un lato vi è l'art. 10, par. 1, in virtù del quale lo Stato di esecuzione è autorizzato a ricorrere a un atto di indagine alternativo rispetto a quello richiesto qualora lo stesso non sia previsto nel proprio diritto interno o non sia disponibile in un caso interno analogo; dall'altro si pone l'art. 10, par. 3, il quale facoltizza lo Stato di esecuzione a ricorrere a un diverso atto di indagine che assicuri i medesimi risultati che mezzi meno invasivi (art. 10, par. 3); infine,

⁸⁹ M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 novembre 2014, p. 22.

⁹⁰ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 683.

⁹¹ A titolo esemplificativo si vedano l'art. 28, par. 4, il quale, in relazione agli atti di indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, stabilisce che «il diritto di azione, di direzione e di controllo in ordine alle operazioni legate all'esecuzione dell'OEI di cui al paragrafo 1 spetta alle autorità competenti dello Stato di esecuzione»; e l'art. 29, par. 4, il quale prevede la necessaria applicazione della *lex loci* per l'esecuzione delle operazioni di infiltrazione.

⁹² A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, Springer, 2017, p. 41.

la *lex loci* deve essere applicata tutte quelle volte in cui lo Stato emittente non abbia fornito alcuna Direttiva in merito all'esecuzione dell'indagine richiesta.

5.1. *Lex fori e lex loci in Italia e all'estero*

Prescindendo al momento dall'analisi dei motivi per i quali uno Stato può ricorrere a un atto diverso da quello richiesto, che sarà oggetto di trattazione nel prosieguo, la disciplina italiana – ancora una volta – non è perfettamente compatibile con le omologhe disposizioni della Direttiva in tema di compenetrazione tra *lex fori* e *lex loci*. L'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce infatti che durante l'esecuzione si osservano «le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. Il compimento degli atti di cui agli articoli 21 e 22 è in ogni caso regolato dalla legge italiana». A prescindere dal riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico anziché ai principi fondamentali⁹³ che non sembra comportare problemi degni di nota, si è già osservato in precedenza come la normativa italiana non contempli espressamente la possibilità di ricorrere alla *lex loci* in caso di mancata indicazione delle formalità da seguire da parte dell'autorità di emissione, ma la sua applicazione deve ritenersi sorretta da ragioni logico-sistematiche. Ciò che non si comprende è la ragione per cui sia stato previsto in questa sede il compimento delle sole operazioni sotto copertura ai sensi della legge italiana. L'art. 29, par. 4, Direttiva 2014/41/UE prevede sì che le «le operazioni di infiltrazione sono effettuate in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione di infiltrazione», ma è una disposizione specifica dettata per un determinato atto di indagine, non già introdotta in un articolo che può trovare applicazione in relazione a qualunque misura investigativa. Sarebbe forse stato maggiormente opportuno, per il legislatore italiano, specificare che la legge interna deve trovare in ogni caso applicazione per le operazioni sotto copertura proprio negli artt. 21 e 22 d.lgs. n. 108 del 2017 a ciò dedicati, così da rivestire di maggiore chiarezza e intelligibilità l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017. Infine, non può non segnalarsi come non sia stato trasposto l'art. 16, par. 2, lett. c), Direttiva 2014/41/UE che, come visto, impone all'autorità di esecuzione di informare quella di emissione nel caso in cui non sia possibile rispettare le formalità e procedure indicate.

La Francia detta una disciplina molto più specifica di quella italiana. L'art. 694-36

⁹³ M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1026.

CPPF⁹⁴ prevede infatti che l'OEI è eseguito in conformità alla *lex fori*, salvo che, a pena di nullità, le formalità richieste non restringano i diritti delle parti e le garanzie procedurali finalizzate ad attuare i principi fondamentali di cui all'«*article préliminaire*» del codice di rito francese; in tal caso, se non è possibile rispettare le formalità e le procedure indicate, il magistrato incaricato informa senza ritardo l'autorità di emissione (art. D47-1-14 PR-CPPF⁹⁵). Si deve evidenziare, innanzitutto, come l'osservanza della *lex loci*, quando necessaria, sia prevista a pena di nullità, ma tale nullità non sarà tutelata nello Stato di esecuzione, bensì solo eventualmente in quello di emissione, nel quale però si dovrà discutere sul corretto inquadramento di una nullità che si è verificata in territorio straniero. In secondo luogo, si deve notare come il legislatore francese non abbia lasciato all'interprete il compito di individuare i principi fondamentali del proprio ordinamento, ma li abbia perimetrati *ex ante* con il richiamo all'«*article préliminaire*» CPPF.

Il Lussemburgo presenta una disciplina perfettamente in linea con la Direttiva. L'art. 13, par. 2, l. 1° agosto 2018⁹⁶, infatti, prescrive il rispetto delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione, salvo che siano contrarie ai principi fondamentali del Grand Ducato (principi fondamentali non espressamente elencati nemmeno *per relationem*); ove ciò dovesse accadere, il successivo art. 20, par. 1, n. 3, l. 1° agosto 2018⁹⁷ impone di informare l'autorità di emissione di tale circostanza.

In Spagna si è già visto come l'art. 208, par. 1, LRMRP stabilisca che l'ordinanza o il decreto di riconoscimento debbano contenere «*las instrucciones necesarias para la práctica de las medidas de investigación solicitadas*», nelle quali, conformemente all'art. 21 LRMRP, possono essere annoverate tanto le formalità indicate dall'autorità di emissione (*lex fori*) quanto quelle (residuali) dello Stato di esecuzione (*lex loci*). Si deve aggiungere,

⁹⁴ «*La décision d'enquête est exécutée conformément aux formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf si la loi en dispose autrement et sous réserve, à peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties et les garanties procédurales appliquant les principes fondamentaux prévus à l'article préliminaire du présent code*».

⁹⁵ «*Lorsque les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission dans la décision d'enquête européenne ne peuvent pas être respectées, le magistrat saisi l'en informe sans tarder par tout moyen permettant de laisser une trace écrite*».

⁹⁶ «*2. L'autorité judiciaire luxembourgeoise respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit luxembourgeois*».

⁹⁷ «*1. L'autorité judiciaire luxembourgeoise informe l'autorité d'émission, immédiatement et par tout moyen disponible:*

[...]

3° si elle constate que, dans le cas d'espèce, elle ne peut respecter les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission conformément à l'article 13, paragraphe 2».

in questa sede, che qualora il doveroso rispetto della *lex fori* non sia possibile perché contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, l'art. 212, par. 2, lett. c), LRMRP, impone di informare l'autorità di emissione «*si no puede cumplir con las formalidades, procedimientos y garantías expresamente indicados*». Inoltre, è ancora doveroso osservare che la Spagna definisce i principi fondamentali che devono essere rispettati mediante un rinvio alla Carta di Nizza, alla CEDU e alla Costituzione iberica (art. 3 LRMRP)⁹⁸.

Il Portogallo, dopo aver dettato il rispetto della *lex fori*, traduce la locuzione «principi fondamentali» in maniera molto ampia, facendo salvo il ricorso alle *lex loci* qualora le formalità e le procedure richieste non rispettino «*os pressupostos e requisitos do direito nacional em matéria de prova no âmbito de processos nacionais semelhantes*» (art. 18, par. 2, l. 88/2017); di tale circostanza deve essere data comunicazione senza ritardo all'autorità di emissione (art. 25, par. 3, lett. c), l. 88/2017⁹⁹).

L'art. 91h, par. 2, IRG¹⁰⁰, infine, prevede che le autorità tedesche debbano fare applicazione del principio della *lex fori*, ma solo se le formalità e le procedure indicate dallo Stato di emissione non siano in contrasto con i «*Grundsätze der deutschen Rechtsordnung*». In caso di frizione tra la *lex fori* e i principi fondamentali della *lex loci*, l'autorità di esecuzione deve darne pronta informazione all'autorità di emissione.

In conclusione, non si può non osservare come anche sul tema dei rapporti tra *lex fori* e *lex loci* gli Stati abbiano implementato in modo diverso le disposizioni della Direttiva. Ciò che emerge nitidamente è l'approccio opposto che hanno avuto Italia, Lussemburgo, Portogallo e Germania, da un lato, e Francia e Spagna dall'altro: i primi hanno lasciato

⁹⁸ «*La presente Ley se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales y los principios recogidos en la Constitución Española, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950*».

⁹⁹ «*3. Sem prejuízo do disposto nos n.os 4 e n.º 5 do artigo 21.º, a autoridade de execução informa imediatamente, por qualquer meio, a autoridade de emissão, sempre que:*

[...]

c) Seja entendido que não podem ser cumpridas as formalidades e procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão».

¹⁰⁰ «*2. Soweit die Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung nicht etwas anderes bestimmt und wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung nicht entgegenstehen,*

1. sind besondere Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften, die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegeben wurden, einzuhalten und

2. ist Bitten um Teilnahme von Behörden des ersuchenden Mitgliedstaates an einer Amtshandlung zu entsprechen.

Können besondere Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften nach Satz 1 Nummer 1 nicht eingehalten werden oder kann Bitten nach Satz 1 Nummer 2 nicht entsprochen werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten; § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend».

all'interprete l'individuazione dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione, mentre i secondi hanno delimitato legislativamente l'ambito operativo (pur mediante norme di rinvio). Entrambe le soluzioni possiedono vantaggi e svantaggi e non sembra possibile individuare quale delle due sia quella migliore: la definizione legislativa dei principi fondamentali garantisce una maggiore certezza del diritto, ma non tiene in considerazione le evoluzioni che vi possono essere nel corso del tempo; al contrario, la rimessione all'interprete tutela questa seconda esigenza, ma determina certamente un margine di incertezza maggiore.

6. OEI “concelebrati” e responsabilità dei funzionari

La disciplina dell'esecuzione concelebrata di un OEI compendia in sé i tratti tipici del principio di equivalenza e della commistione tra *lex fori* e *lex loci* caratterizzanti la Direttiva. L'art. 9, par. 4, Direttiva 2014/41/UE, infatti, prevede che le autorità dello Stato di emissione, al fine di coadiuvare quelle dello Stato richiesto, possano partecipare all'esecuzione di un OEI se avrebbero potuto prendervi parte in un caso interno analogo (principio di equivalenza), «purché tale partecipazione non sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o non leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale» (ibridazione *lex fori/lex loci*).

È difficile – con un'ottica italiana – immaginare situazioni in cui l'autorità di emissione, competente ad adottare un OEI, non sia titolata a partecipare alla sua esecuzione, dal momento che il pubblico ministero e il giudice possono sempre partecipare all'assunzione rispettivamente di atti di indagine e prove.

Molta attenzione deve poi essere posta sul rapporto tra *lex fori* e *lex loci*, atteso che la possibilità di rifiutare l'esecuzione concelebrata percorre una duplice strada: la prima, analoga a quella relativa al rispetto delle formalità e delle procedure richieste dallo Stato di emissione, impone di ricorrere alla *lex loci* – e dunque di rifiutare la concelebrazione – qualora la partecipazione dell'autorità di esecuzione si ponga in conflitto con i principi fondamentali del diritto del proprio Stato; la seconda, invece, presenta tratti marcatamente caratterizzanti il precedente sistema di mutua assistenza, dal momento che consente di non dar corso alla richiesta di concelebrazione qualora si presenti un rischio di lesione degli «interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale». Una formula, questa, utilizzata dal legislatore europeo anche con riferimento al secondo motivo di non riconoscimento o di non esecuzione di un OEI (art. 11, par. 1, lett. b), che dimostra come gli Stati non siano ancora

proclivi ad abbandonare definitivamente i retaggi del passato, abbracciando le inevitabili sfide del processo di integrazione europea. In ogni caso, deve evidenziarsi come non ogni interesse per la sicurezza nazionale sia suscettibile di dare adito al rifiuto della cooperazione, in quanto lo stesso deve essere “essenziale”; nonché come il motivo di rifiuto *de quo* non possa essere applicato in relazione alle formalità e alle procedure il cui rispetto è chiesto dallo Stato di emissione, dal momento che un’analoga formulazione non è riportata dall’art. 9, par. 2.

Durante la permanenza in territorio straniero, le autorità dello Stato di emissione devono attenersi al diritto dello Stato di esecuzione, possono indirizzare un OEI integrativo direttamente alle autorità di quest’ultimo (art. 8, par. 2), ma non possono svolgere attività di *law enforcement*, salvo che tale facoltà sia conforme al diritto dello Stato richiesto e previamente concordata con quello richiedente (art. 9, par. 5). In altre parole, le autorità italiane potranno eseguire autonomamente una perquisizione in Polonia solo se vi è stato un precedente accordo tra i due Stati e sia possibile, nel caso concreto, ricorrere a tale strumento investigativo.

Infine, la Direttiva non manca di tenere in considerazione eventuali responsabilità (penali e civili) dei «funzionari» dello Stato di emissione nel periodo in cui si trovano nel territorio dello Stato di esecuzione. L’art. 17¹⁰¹ equipara, dal punto di vista penale, i funzionari dello Stato richiedente con quelli dello Stato richiesto, tanto dal punto di vista del soggetto attivo quanto di quello passivo del reato. Pertanto, in ottica italiana, il funzionario straniero sarà equiparato a un pubblico ufficiale (art. 357 c.p.), con conseguente mutamento della qualificazione giuridica dei fatti dallo stesso commessi (es. appropriazione indebita/peculato) o nei confronti dello stesso agiti (es. percosse/resistenza a pubblico ufficiale).

La responsabilità penale di un funzionario presente in territorio straniero (se soggetto attivo del reato) comporta altresì una responsabilità aquiliana dello stesso e dello Stato di appartenenza, la quale però, come noto, non è limitata ai casi di danno conseguente a reato. La responsabilità civile (extracontrattuale) può infatti discendere da qualsiasi fatto doloso o colposo che cagiona un danno ingiusto e, pertanto, il legislatore europeo ha integralmente dedicato l’art. 18 Direttiva 2014/41/UE alla «responsabilità civile dei funzionari». La rubrica dell’articolo avrebbe forse dovuto essere più correttamente “responsabilità civile dello

¹⁰¹ La traduzione della rubrica dell’art. 17 («responsabilità penale riguardo ai funzionari») è la dimostrazione di una pessima opera di traduzione del testo inglese («*criminal liability regarding officials*»).

Stato per danni causati dai propri funzionari”, atteso che i quattro paragrafi dell’art. 18 sono disegnati in un’ottica di ripartizione delle responsabilità tra Stati. Invero, è stata prevista la responsabilità civile dello Stato per i danni causati dai propri funzionari nell’esercizio delle loro funzioni, qualora questi ultimi si trovino in territorio straniero ai fini dell’esecuzione concelebrata di un OEI (art. 18, par. 1). Il risarcimento, tuttavia, è corrisposto dallo Stato di esecuzione (art. 18, par. 2), il quale sarà «rimborsa[to] integralmente» dallo Stato a cui appartengono i funzionari che hanno cagionato i danni (art. 18, par. 3). Infine, l’art. 18, par. 4, stabilisce in chiusura che, fatto salvo quanto appena prospettato e fatto salvo il diritto di agire nei confronti di terzi, gli Stati rinunciano preventivamente a chiedere il risarcimento dei danni subiti ad altri Stati. Pertanto, la responsabilità oggettiva dello Stato di emissione è in parte temperata da quest’ultima disposizione, dal momento che lo stesso sarà tenuto al risarcimento solo qualora il danno sia subito da una persona (fisica o giuridica), non anche quando il soggetto danneggiato sia lo Stato di esecuzione. In quest’ultimo caso, però, stante il tenore della clausola di salvaguardia («fatto salvo l’esercizio dei suoi diritti nei confronti dei terzi»), lo Stato richiesto potrà agire per ottenere il risarcimento del danno direttamente nei confronti del funzionario.

6.1. La responsabilità dei funzionari in Italia

Si sono già ampiamente trattati in diverse sedi le normative di recepimento inerenti le esecuzioni concelebrate degli OEI (a cui perciò si rimanda), ma rimangono da analizzarne i profili di responsabilità dei funzionari.

In Italia, l’art. 8 d.lgs. n. 108 del 2017 traspone, sul versante passivo, gli artt. 17 e 18 Direttiva 2014/41/UE, garantendo al contempo continuità e disallineamenti con questi ultimi. Si è infatti previsto che i funzionari stranieri che partecipano all’esecuzione di un OEI in Italia assumono, «anche agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale», risolvendo così sul nascere eventuali controversie in merito alla riconducibilità degli stessi nell’alveo dell’art. 357 c.p. Ne consegue che i funzionari stranieri potranno commettere tutti i reati propri che richiedono la qualifica di pubblico ufficiale (*in primis*, ma non solo, quelli contro la pubblica amministrazione), nonché essere la causa di un mutamento della qualificazione giuridica del fatto per i reati perpetrati nei loro confronti. Dal lato civilistico, invece, con una formulazione più lapidaria di quella della Direttiva, ma al contempo più efficace, l’art. 8, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017 sancisce che «lo Stato italiano provvede al

risarcimento dei danni causati a terzi dall'autorità di emissione che partecipa all'esecuzione dell'ordine di indagine, salvo il diritto di rivalsa nei confronti dello Stato di emissione».

Sul versante attivo, invece, l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017 rinvia alle disposizioni del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 riguardante la «responsabilità per i danni», precisando che le stesse «si applicano anche al caso di partecipazione diretta all'estero senza costituzione di una squadra investigativa comune». Se già una normazione per rinvii rappresenta una non lodevole tecnica di *drafting* legislativo (soprattutto quando il rinvio è superfluo), in quanto «a volte la semplicità esige la lunghezza»¹⁰², ancor peggio è un rinvio generico a un testo legislativo nel suo complesso, senza indicazione della disposizione richiamata. Nel caso di specie, si deve ritenere che l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017 richiami l'art. 7, commi 1 e 2, d.lgs. n. 34 del 2016 i quali nella sostanza non differiscono dalle previsioni dell'art. 18 Direttiva 2014/41/UE: l'Italia è responsabile per i danni causati dai propri funzionari sul territorio dello Stato straniero, il quale è tenuto ad anticipare il risarcimento che gli sarà poi rimborsato integralmente dallo Stato di emissione. Non richiamato, al contrario, deve ritenersi il comma 3 del citato art. 7 d.lgs. n. 34 del 2016, il quale è pressoché identico all'art. 8, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017. Non è agevole comprendere per quale motivo la legge di recepimento della Direttiva 2014/41UE rinvii a una norma (l'art. 7 d.lgs. n. 34 del 2016) che racchiude al suo interno un comma analogo a un comma della legge di recepimento stessa. Sarebbe pertanto opportuno che il legislatore italiano intervenisse ad emendare il cortocircuito logico che è riuscito a creare, mediante l'abrogazione totale del comma 3 dell'art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017 e con la contestuale introduzione di due ulteriori commi di tenore analogo a quello dell'art. 18 Direttiva 2014/41/UE (o dell'art. 7, commi 1 e 2, d.lgs. n. 34 del 2016).

Infine, vi è da evidenziare come la normativa di recepimento non si sia preoccupata di implementare l'art. 18, par. 4, Direttiva 2014/41/UE riguardante la reciproca rinuncia preventiva degli Stati membri a richieste risarcitorie per danni causati dall'esecuzione di un OEI, con l'eccezione di quelli cagionati dai propri funzionari nel corso di un'esecuzione concelebrata. Alla mancata trasposizione può certo supplire l'applicazione diretta della disposizione europea, ma anche in questo caso una maggiore attenzione del legislatore sarebbe stata opportuna.

¹⁰² G. AMATO, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, 15 settembre 2011, p. 26.

6.2. La responsabilità dei funzionari all'estero

In Francia non è stata introdotta, nella parte dedicata del codice di procedura penale, alcuna disposizione di implementazione degli artt. 17 e 18 Direttiva 2014/41/UE.

Il Lussemburgo disciplina la responsabilità dei funzionari esclusivamente dal punto di vista passivo ma in linea con la Direttiva. I paragrafi 5 e 6 dell'art. 14 l. 1° agosto 2018¹⁰³, infatti, recepiscono rispettivamente l'art. 17 (sulla responsabilità penale) e l'art. 18 (sulla responsabilità civile) Direttiva 2014/41/UE, ma non traspongono la più volte citata rinuncia preventiva alla richiesta di risarcimento dei danni.

In Spagna l'art. 210 LRMRP stabilisce espressamente che i funzionari stranieri «*tendrán la consideración de funcionario público español*», mentre gli artt. 15¹⁰⁴ e 26¹⁰⁵ LRMRP, inseriti nella parte generale, prevedono la responsabilità civile per i danni causati dai funzionari rispettivamente nella procedura attiva e in quella passiva in modo non dissimile da quanto previsto dalla Direttiva. Anche in Spagna, così come in Italia e Lussemburgo, non vi è alcun accenno alla rinuncia preventiva alle richieste di risarcimento danni.

Il Portogallo traspone letteralmente, agli artt. 28 e 29 l. 88/2017, la Direttiva. Con il generico riferimento a «*Estado de emissão*» ed «*Estado de execução*», il legislatore portoghese non fa alcuna distinzione tra lato attivo e passivo, con conseguente applicazione della disciplina della responsabilità civile e penale dei funzionari (identica a quella europea) indifferentemente se il Portogallo emette o riceve l'ordine. A differenza dei Paesi sin qui analizzati, inoltre, il legislatore lusitano ha espressamente previsto che l'«*Estado Português renuncia [...] a solicitar ao Estado estrangeiro a reparação dos danos por si sofridos no*

¹⁰³ «5. Les personnes représentantes de l'autorité d'émission présentes sur le territoire luxembourgeois sont assimilées aux fonctionnaires de l'État luxembourgeois en ce qui concerne les infractions dont elles sont victimes ou qu'elles commettent et sont soumises aux régimes de la responsabilité civile et pénale luxembourgeois.

6. Lorsque la responsabilité civile d'un fonctionnaire de l'État d'émission est engagée pour des dommages causés sur le territoire luxembourgeois, l'État luxembourgeois supporte les frais d'indemnisation des victimes ou ayants droit dans les mêmes conditions que si ceux-ci avaient été causés par un fonctionnaire de l'État luxembourgeois. Ce montant sera intégralement remboursé par l'État membre d'émission».

¹⁰⁴ «Salvo que esta Ley disponga otra cosa, el Estado español únicamente reembolsará al Estado de ejecución las cantidades abonadas por éste en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de la orden o resolución remitida, siempre y cuando no se debieran exclusivamente a la actividad de dicho Estado».

¹⁰⁵ «El Ministerio de Justicia reclamará al Estado de emisión el reembolso de las cantidades que, de acuerdo con la legislación española, haya tenido que abonar en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, siempre y cuando éstos no sean responsabilidad exclusivamente de España por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o por error judicial».

âmbito da aplicação da presente lei la rinuncia alle richiesta risarcitorie indirizzate ad altri Stati, fatti sempre salvi».

In Germania l'art. 105 IRG¹⁰⁶ torna a scindere la sola responsabilità civile in relazione alla procedura attiva e a quella passiva, sancendo nel primo caso che rimborserà lo Stato di esecuzione degli eventuali danni causati dai propri funzionari, mentre nel secondo caso si limita a stabilire che risarcirà i danni cagionati da funzionari stranieri sul proprio territorio, senza alcun riferimento a un'eventuale azione di regresso. Per quanto riguarda, invece, il versante penalistico, si ritiene che trovi applicazione l'art. 11, par. 1, n. 2, dello *Strasfgesetzbuch* (il codice penale tedesco), il quale equipara i pubblici ufficiali stranieri a quelli nazionali¹⁰⁷.

In conclusione, si può dunque notare come la maggior parte degli Stati, fatta eccezione per il Portogallo, abbia posto una minima attenzione sulla responsabilità penale e civile dei funzionari in territorio straniero, forse perché ritenuto un tema non centrale nell'economia della Direttiva. Una circostanza che salta all'occhio, in ogni, è il silenzio quasi unanime (ad eccezione sempre del Portogallo) in merito alla rinuncia al diritto di regresso intra-statuale per i danni cagionati nei confronti dello Stato di esecuzione da parte dei funzionari dello Stato di emissione. Tale silenzio può essere indicativo di una potenziale ritrosia dei legislatori nazionali nel perdere il diritto a chiedere il risarcimento del danno allo Stato di esecuzione; tuttavia, la disposizione della Direttiva sembra essere chiara e incondizionata e, di conseguenza, può trovare applicazione diretta negli ordinamenti nazionali indipendentemente dalla presenza o meno di una normativa interna che la richiami o ne definisca ulteriormente l'implementazione.

7. La possibilità di ricorso a un diverso atto di indagine

¹⁰⁶ «1. Ersetzt ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union einen Schaden, den deutsche Richter oder sonstige deutsche Amtsträger bei Amtshandlungen nach Abschnitt 2 des Zehnten Teils in dem Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedstaates verursachen, gegenüber der geschädigten Person oder gegenüber einer Person, die der geschädigten Person in ihren Rechten nachfolgt, so kann er von der Bundesrepublik Deutschland Ausgleich des Geleisteten verlangen.

2. Schäden, die Richter oder sonstige Amtsträger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union bei Amtshandlungen nach Abschnitt 2 des Zehnten Teils in dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland verursachen, werden von dem zuständigen Träger der deutschen öffentlichen Gewalt so ersetzt, wie sie nach deutschem Recht zu ersetzen wären, wenn deutsche Richter oder sonstige deutsche Amtsträger die Schäden verursacht hätten».

¹⁰⁷ In tal senso A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 25.

La «*flexibility clause*»¹⁰⁸, ossia la possibilità di ricorrere a un atto di indagine diverso da quello richiesto con un OEI, rappresenta uno dei tratti caratteristici dell'ibridismo tra il nuovo sistema di mutuo riconoscimento e il precedente di mutua assistenza (nonché tra *lex fori* e *lex loci*), ma al contempo è un utile strumento a garanzia del rispetto del principio di proporzionalità.

Più nel dettaglio, l'art. 10 prevede che l'autorità di esecuzione possa ricorrere a un atto di indagine alternativo quando quello richiesto – di natura coercitiva, in quanto quelli non coercitivi non possono essere oggetto di sostituzione (art. 10, par. 2, lett. d) – non è previsto nel proprio diritto interno o non è disponibile¹⁰⁹ in un caso interno analogo (art. 10, par. 1)¹¹⁰, ovvero quando quello «scelto» dall'autorità di esecuzione assicura lo stesso risultato con mezzi meno intrusivi (art. 10, par. 3). Di questi tre motivi di sostituzione, i primi due (obbligatorî) sono l'espressione di una sorta di “*ancien régime*” della cooperazione giudiziaria in materia penale, dal momento che rimangono ancorati a una visione “tradizionalistica” della sovranità territoriale in materia processuale degli Stati membri. Il terzo (facoltativo), per contro, compendia in sé una duplice anima: da un lato, tradisce un clima di fiducia reciproca ancora non del tutto radicato nelle culture giuridiche nazionali; dall'altro, garantisce un più alto livello di tutela dei diritti dei cittadini, in quanto permette di ricorrere a un diverso atto di indagine qualora lo stesso consenta di raggiungere il medesimo risultato con mezzi meno intrusivi¹¹¹.

In relazione a quest'ultimo motivo, si possono richiamare le considerazioni svolte nel Capitolo II che hanno evidenziato come l'art. 10, par. 3, sia l'espressione del secondo *step* del principio di proporzionalità (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto) e possa essere giustificato dal fatto che nello Stato di esecuzione vi possono essere degli atti di indagine sconosciuti allo Stato di emissione, ma che consentono di raggiungere il medesimo

¹⁰⁸ D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 318.

¹⁰⁹ In dottrina si è evidenziata come la nozione di indisponibilità sia una «ambigua formula»: A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 118.

¹¹⁰ I motivi di sostituzione sarebbero utilizzati in «*several cases*» secondo J.E. GUERRERA-C. JANSSESNS, *Legal and Practical Challenges in the Application of the European Investigation Order*, in *Eucrim*, 2019, 1, p. 50.

¹¹¹ La RGE ha sottolineato come, al fine di evitare la procedura di consultazione e una dilatazione delle tempistiche di esecuzione dell'OEI, l'autorità di emissione possa indicare già nell'allegato A di accettare un eventuale ricorso atti di indagine meno intrusivi che garantiscano lo stesso risultato: «*to avoid unnecessary delaying consultations between the executing and issuing authority, the latter may already in the EIO indicate that less intrusive measures that lead to the same result may be used*» (Rete Giudiziaria Europea, *EJN Conclusions 2018*, op. cit., p. 6; in termini Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, giugno 2019, p. 10; E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución*, op. cit., p. 424).

risultato con mezzi meno intrusivi. A ciò si aggiunga che il motivo di sostituzione *de quo* costituisce un anello di congiunzione tra il precedente sistema mutuo assistenziale e quello “moderno” di riconoscimento reciproco, in quanto quest’ultimo focalizza l’attenzione sull’atto di indagine da compiere¹¹², mentre il primo sul risultato che si vuole ottenere. La Direttiva, infatti, con l’indicazione dell’atto di indagine da compiere guarda al futuro, ma al contempo rimane legata al passato, dal momento che torna a far riferimento al risultato da raggiungere se vi può essere, nello Stato di esecuzione, un atto meno lesivo dei diritti fondamentali. Tuttavia, in un’ottica di fiducia reciproca, la Direttiva ha previsto il motivo di sostituzione in oggetto quale meramente facoltativo (l’autorità di esecuzione «può»), consentendo così alle autorità di esecuzione di poter dar corso all’OEI ricevuto anche qualora nel proprio ordinamento sia presente un diverso atto che permette di raggiungere il medesimo scopo con risultati meno intrusivi. Rimane sullo sfondo, in ogni caso, la difficoltà pratica di svolgere il controllo di necessità, atteso che le uniche informazioni per lo Stato di esecuzione sono contenute nell’allegato A trasmessogli.

Diversamente si palesa la situazione in relazione agli altri due motivi, per i quali la Direttiva sembra aver imposto un obbligo di sostituzione, in un’ottica di «flessibilità a rime obbligate»¹¹³. L’art. 10, par. 1, infatti, stabilisce che l’autorità di esecuzione «dispone, ove possibile» un atto di indagine alternativo se quello richiesto con un OEI non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione o non è disponibile in un caso interno analogo. L’utilizzo del presente indicativo è incontrovertibile («*shall have recourse*» nella versione inglese) e non può che deporre in favore dell’obbligatoria operatività dei due motivi citati al ricorrerne dei presupposti. Anche l’inciso «ove possibile», per quanto *prima facie* sembri indirizzare l’interprete in senso opposto, corrobora l’ipotesi esegetica prospettata. Invero, «ove possibile» deve essere letto in combinato disposto con il successivo paragrafo 5 dell’art. 10, il quale prevede che l’autorità di esecuzione debba informare l’autorità di emissione «che non è stato possibile fornire l’assistenza richiesta» al ricorrere dei due citati motivi. In altre parole, «ove possibile» sta ad indicare una “possibilità necessaria”: se è possibile adottare un atto di indagine alternativo, si può dar seguito all’esecuzione dell’atto richiesto con l’OEI; se, al contrario, non vi sono atti alternativi «che consentano di ottenere lo stesso risultato dell’atto di indagine richiesto» (art. 10, par. 5), non sarà possibile dar seguito all’OEI. Si

¹¹² Ai sensi del considerando 10 «l’OEI dovrebbe essere incentrato sull’atto di indagine da compiere».

¹¹³ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo d’indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 6, p. 711.

noti bene che non si è in presenza di un motivo di non riconoscimento o non esecuzione *stricto sensu* inteso, basato su una valutazione di merito dell'autorità di esecuzione *ex art. 11* Direttiva 2014/41/UE, bensì semplicemente di un'impossibilità oggettiva di fornire l'assistenza richiesta (*ad impossibilia nemo tenetur*)¹¹⁴. La differenza sostanziale tra le due ipotesi (che nella pratica condividono nella sostanza una mancata assistenza) è rinvenibile nel procedimento che conduce alla relativa decisione: per i motivi di “non esecuzione” l'art. 10, par. 4, prescrive una previa comunicazione dell'autorità di esecuzione a quella di emissione, finalizzata a consentire a quest'ultima di ritirare l'OEI o di integrarlo (eventualmente chiedendo lo svolgimento di atti diversi); per i motivi di rifiuto *ex art. 11*, invece, salvo che per determinate ipotesi tassative (art. 11, par. 4), non è prevista alcuna previa comunicazione all'autorità di emissione, la quale si vedrà opposta il rifiuto (almeno sulla carta)¹¹⁵ senza alcun preavviso. Il tutto *de iure condito*, in quanto le istituzioni europee dovrebbero essere chiamate a domandarsi, *de iure condendo*, se la strada che vogliono percorrere è quella di rafforzare la fiducia interstatale, poiché in tal caso si potrebbe rimeditare la necessità della permanenza dei citati motivi di sostituzione (e di rifiuto).

In ogni caso, vi è da chiedersi come debba essere interpretato l'art. 10, par. 1, nel momento in cui fa riferimento a un atto richiesto con un OEI che «non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione» o che non è «disponibile in un caso interno analogo».

Nel primo caso si è al cospetto di «*una clara manifestación del principio de legalidad*»¹¹⁶ e i margini interpretativi sembrano essere limitati: l'atto richiesto è del tutto avulso dal sistema dello Stato di esecuzione e non può rientrarvi nemmeno mediante l'interpretazione estensiva o analogica degli strumenti giuridici esistenti. Tale motivo potrà operare in quei sistemi che prevedono un *numerus clausus* di prove tipiche, mentre troverà più difficile applicazione in quei Paesi che, come l'Italia, abbracciano un diritto probatorio “misto”, caratterizzato dalla presenza di prove tipiche e atipiche. Come meglio si vedrà, in Italia l'art. 189 c.p.p. restringe molto le maglie operative dell'art. 10, par. 1, lett. a), Direttiva

¹¹⁴ Nello stesso senso L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition*, op. cit., p. 53. Al contrario, ritiene che «ci troviamo davanti ad una causa che potrebbe essere definita un motivo di rifiuto» Á TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2017, 2, p. 353; secondo C. HEARD-D. MANSELL, *The European Investigation Order: changing the face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 359, «*this appears to create a separate refusal ground from those set out in Article 10*»; mentre per A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 57, siamo di fronte a un motivo di rifiuto «*de facto*».

¹¹⁵ Non vi è da stupirsi, infatti, che in un clima di “cortesia istituzionale” le autorità coinvolte cerchino di trovare una soluzione concertata che non conduca al rifiuto dell'OEI.

¹¹⁶ E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución*, op. cit., p. 422.

2014/41/UE, atteso che ammette l'ammissione di prove (e indagini) non disciplinate dalla legge¹¹⁷, a condizione che siano idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti e a non pregiudicare la libertà morale della persona. Pertanto, si deve ritenere che in un sistema misto come quello italiano, l'autorità di esecuzione è tenuta ad eseguire un OEI anche se l'atto richiesto non è previsto dalla legge interna, qualora però siano rispettati i due citati requisiti a garanzia dell'indagato e delle persone interessate (idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti e a non pregiudicare la libertà morale della persona). Anche in Francia, peraltro, non sembra poter trovare applicazione l'art. 10, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/41/UE, dal momento che vige il principio di *liberté de la preuve*¹¹⁸, accolto dall'art. 427 CPPF¹¹⁹. Quest'ultimo articolo, infatti, dispone che la prova possa essere fornita «*par tout mode*» e valutata dal giudice secondo la sua «*intime conviction*», a condizione però che sia stata acquisita in dibattimento e «*contradictoirement discutées*»¹²⁰.

Maggiori dubbi, al contrario, sorgono in merito all'esatta perimetrazione del più fluido concetto di “non disponibilità” in un caso interno analogo. Invero, se su un piano teorico il compito può sembrare permeato da una difficoltà di modesta entità, atteso che per vagliare la non disponibilità è necessario avere riguardo ai requisiti sostanziali¹²¹ e procedurali dell'atto richiesto¹²² (si pensi alla richiesta di eseguire una perizia personologica in Italia in

¹¹⁷ In tal senso anche M. DANIELE, *L'impatto*, op. cit., p. 66.

¹¹⁸ Lo stesso principio è parzialmente accolto anche dall'ordinamento tedesco. Secondo R. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, in M. DELMAS-MARTY (ed. italiana a cura di M. CHIAVARIO), Cedam, 1998, p. 192, «il diritto tedesco, benché ispirato al principio della prova libera, impone alcuni limiti legali, prevedendo il ricorso a cinque mezzi legali di prova».

¹¹⁹ «*Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.*

Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui».

¹²⁰ V. DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in M. DELMAS-MARTY (ed. italiana a cura di M. CHIAVARIO), Cedam, 1998, p. 131 sottolinea che «esiste una differenza fra le parti “private” e la parte “pubblica”, poiché il pubblico ministero può chiedere il compimento dei qualsiasi atto utile all'accertamento della verità, mentre l'accusato e la parte civile possono soltanto chiedere atti tassativamente enumerati dalla legge».

¹²¹ In relazione ai requisiti sostanziali vi è chi ritiene che «*esto implica el control de proporcionalidad por parte de la autoridad de ejecución, si bien entendemos que, aunque la autoridad de ejecución no debe inmiscuirse en los presupuestos de emisión que ya fueron evaluados por la autoridad extranjera*»: E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución*, op. cit., p. 422.

¹²² Depone in tal senso il considerando 10, secondo cui «la disponibilità dovrebbe riferirsi ai casi in cui l'atto di indagine richiesto è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze, ad esempio quando l'atto di indagine può essere svolto solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata». Conferma l'interpretazione in oggetto M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, op. cit.; M. DANIELE, *L'impatto*, op. cit., pp. 67 ss.; P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria europea. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo d'indagine*, Cedam, 2019, p. 286.

fase di cognizione, vietata dall'art. 220, comma 2, c.p.p.), maggiori questioni possono manifestarsi al lato pratico. Tali problemi sono dovuti non solo alla mancanza di armonizzazione delle discipline nazionali, bensì anche a fattori esogeni rispetto al processo penale. È il caso, per rimanere all'esempio già citato, di una perizia finalizzata ad accertare «le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche», inammissibile nel diritto interno in virtù dell'art. 220, comma 2, c.p.p. Il *discrimen* tra qualità psichiche indipendenti e dipendenti da cause patologiche, tuttavia, è molto labile, sia perché è soggetto a differenti valutazioni giuridiche nel corso del tempo (si pensi alle Sezioni Unite Raso¹²³), sia perché può non esservi uniformità di pensiero nella letteratura scientifica su cosa può essere dipendente o indipendente da cause patologiche¹²⁴. La risoluzione delle eventuali divergenze interpretative non può che essere affidata alla giurisprudenza nazionale e a quella europea, le quali dovranno sempre decidere tenendo in massima considerazione i due principi cardine della Direttiva più volte citati (mutuo riconoscimento e fiducia reciproca) e propendendo per l'esecuzione dell'OEI nei casi in cui vi possa essere un dubbio circa l'effettiva possibilità di ricorrere all'atto richiesto in un caso interno analogo.

Parte della dottrina tedesca, inoltre, ritiene che l'art. 10, par. 1, lett. b), Direttiva 2014/41/UE consenta all'autorità di esecuzione di procedere finanche a un vero e proprio controllo di proporzionalità dell'atto richiesto. E ciò sarebbe possibile poiché un atto di indagine non «disponibile in un caso interno analogo» potrebbe essere interpretato come un

Di diverso avviso chi ritiene che debbano essere tenuti in considerazione solamente i requisiti sostanziali, in quanto l'art. 11, par. 1, lett. h), Direttiva 2014/41/UE menzione esclusivamente «un elenco o [...] una categoria di reati o [...] reati punibili entro una certa soglia» (M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO-M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Cacucci, 2016, p. 381).

¹²³ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, *Raso*, n. 9163, con nota di U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 364 ss. Le Sezioni Unite Raso erano state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo vertente sul concetto di infermità, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. Per un primo e più risalente orientamento nella nozione di infermità potevano essere ricomprese solo le malattie mentali in senso stretto; al contrario, un diverso orientamento vi faceva rientrare anche i soggetti affetti da nevrosi e psicopatie non ascrivibili al *genus* delle patologie nosocomiali. Le Sezioni Unite, pertanto, dopo aver ripercorso l'evoluzione storica della nozione di infermità, hanno annoverato tra le cause patologiche anche i disturbi della personalità, «ove siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere». In altre parole, «i disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie, quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle "malattie" mentali, possono costituire anch'esse "infermità", anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive».

¹²⁴ AA.VV., *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, V edizione, New School Library-American Psychiatric Association, 2013.

atto presente nel sistema processuale dello Stato di esecuzione ma, al contempo, ritenuto da quest'ultimo non proporzionato¹²⁵. Tale interpretazione, tuttavia, non è in linea con l'impostazione sistematica della Direttiva. Si deve infatti tenere sempre in considerazione che la stessa attribuisce all'autorità di esecuzione un "diritto di consultazione" sulla necessità e proporzionalità della misura (art. 6, par. 3) e successivamente specifica che la stessa può ricorrere a un atto di indagine diverso qualora ve ne sia uno che consente di raggiungere il medesimo scopo con mezzi meno intrusivi (test di necessità – art. 10, par. 3), ma non si esprime sulla possibilità di adottare un atto di indagine diverso se lo stesso non è proporzionato.

7.1. Gli atti di indagine che devono essere necessariamente presenti in ogni Stato membro

Come più volte detto, la Direttiva si è inserita su un sostrato euro-normativo mancante di una previa armonizzazione delle discipline nazionali in tema probatorio, ma la stessa non ha mancato di cercare di farsi carico, almeno parzialmente, del problema (sia pure con risultati non pienamente soddisfacenti)¹²⁶. L'art. 10, par. 2, «per favorire l'efficacia della cooperazione»¹²⁷, sembra creare «una sorta di doppio binario o doppio regime d'indagine transnazionale»¹²⁸, in quanto prevede un elenco di cinque atti di indagine «*privilegiados*»¹²⁹ che devono essere sempre presenti in tutti gli ordinamenti interni¹³⁰, con conseguente preclusione dell'operatività dei motivi di sostituzione di cui all'art. 10, par. 1, nonché di due degli otto motivi di non riconoscimento o non esecuzione elencati all'art. 11¹³¹. Più nel dettaglio,

¹²⁵ A. LEONHARDT, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, Springer, 2017, p. 108, p. 273.

¹²⁶ Secondo Á TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 354, «si pensa che il riferimento agli atti di indagine che dovrebbero sempre esistere, possa possedere anche l'effetto di approssimare le legislazioni interne»; in senso analogo M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 471, che parla di «forma embrionale di armonizzazione»; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. Pen.*, 2014, 10, p. 3511; G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quanto "fidarsi è bene ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 98.

¹²⁷ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 2203.

¹²⁸ M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 3, p. 5.

¹²⁹ E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución*, op. cit., p. 422.

¹³⁰ Secondo M. SALOMIR, *Ordinul european de ancheta*, in *Caiete de Drept Penal*, 2018, 1, p. 85, le cinque tipologie di atti di indagine presentano un «*nivel ridicat de aplicabilitate la nivelul tuturor statelor membre*».

¹³¹ In particolare, in relazione alle cinque categoria di atti di indagine di cui all'art. 10, par. 2, non possono trovare applicazione i motivi di rifiuto di cui alle lettere g) (se «la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione») e h) (se «il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia») dell'art. 11.

non possono mancare: 1) l'acquisizione di informazioni o prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, se le stesse avrebbero potuto essere acquisite in un procedimento penale analogo interno; 2) l'acquisizione di informazioni da banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie, anche in questo caso qualora l'autorità di esecuzione possa accedervi direttamente nell'ambito di un procedimento penale; 3) l'audizione di testimoni, esperti (periti e consulenti tecnici), vittime, indagati e imputati nel territorio dello Stato di esecuzione; 4) l'esecuzione di atti di indagine non coercitivi, così come definiti dallo Stato di esecuzione; 5) l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o a un indirizzo IP.

Le prime due ipotesi citate possono definirsi come di “quasi-armonizzazione” (o addirittura di “non-armonizzazione”)¹³², dal momento che subordinano l'acquisizione di informazioni o prove (già in possesso dell'autorità di esecuzione o presenti in banche dati) alla loro utilizzabilità in un caso interno analogo. Così disponendo, la Direttiva non svolge una vera e propria opera uniformatrice, in quanto le informazioni o prove già in possesso dell'autorità di esecuzione sono ontologicamente presenti in ogni sistema processuale; per contro, il generico riferimento all'acquisizione di informazioni contenute in banche dati della polizia o dell'autorità giudiziaria, senza specificazione di quali debba trattarsi (es. del DNA, delle impronte digitali, delle segnalazioni di polizia ecc.), non impone alcun obbligo di adeguamento ai legislatori nazionali, i quali continueranno a possedere proprie banche dati nazionali (affiancate a quelle di matrice europea come l'ECRIS¹³³ e il SIS II¹³⁴).

Anche l'audizione di testimoni, esperti, vittime, indagati e imputati nel territorio dello Stato di esecuzione non sembra essere foriera di una portata innovatrice e armonizzatrice di ampio respiro, dal momento che pare difficile ipotizzare un sistema processuale privo delle citate audizioni. Ci si è però chiesti se dalla loro necessaria presenza consegua un annichimento degli eventuali divieti di ammissione probatoria previsti dal diritto dello Stato di esecuzione¹³⁵. Da una lettura sistematica della Direttiva, si deve ritenere che, se da un lato è preclusa la sostituzione delle audizioni con altri atti, dall'altro gli eventuali divieti probatori possono trovare applicazione. L'art. 11, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/41/UE disegna,

¹³² Vi anche chi ritiene che «non si sia di fronte ad un atto d'indagine specifico, bensì ad una clausola generale del sistema»: Á TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 354.

¹³³ *European Criminal Records information System*, istituito con DQ 2009/315/GAI e DQ 2009/316/GAI.

¹³⁴ Sistema Informativo Schengen di Seconda Generazione, basato sul regolamento 2006/1987/CE e la DQ 2007/533/GAI.

¹³⁵ M. DANIELE, *L'impatto*, op. cit., p. 68.

infatti, un motivo di rifiuto fondato sulla previsione di «immunità o privilegi» nello Stato di esecuzione che «rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI», tra i quali può annoverarsi «la protezione che si applica alle professioni mediche e legali» (considerando 10), così come, deve ritenersi, anche eventuali diritti di non testimoniare fondati sui legami familiari. Inoltre, l'operatività di un eventuale diritto a non testimoniare è garantita dall'art. 25, par. 5, lett. e), il quale consente ai dichiaranti di avvalersi di tale facoltà se previsto dal diritto dello Stato di esecuzione: «è una prescrizione che, dettata per l'esame a distanza, opera a maggior ragione anche per l'esame fisico»¹³⁶ di chi si trova nello Stato di esecuzione.

Differente, invece, il discorso in relazione all'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o a un indirizzo IP, in quanto è previsto che tali atti debbano essere sempre presenti a prescindere da eventuali restrizioni sostanziali nazionali. Sul punto, è opportuno precisare che, trattandosi di dati personali, il Regolamento 2016/679/UE (c.d. GDPR) ha profondamente innovato la materia, dettando una disciplina uniforme su tutto il territorio unionale. Pertanto, l'opera di armonizzazione, a cui ha dato avvio la Direttiva 2014/41/UE, è stata completata dal GDPR.

Infine, i motivi di sostituzione non possono operare per l'esecuzione degli «atti di indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione», i quali «potrebbero essere, ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà, in funzione del diritto nazionale» (considerando 16). Si può allora osservare come, anche in merito agli atti non coercitivi, la Direttiva non abbia in realtà svolto una reale opera armonizzatrice, in quanto ha rimesso ai singoli Stati di esecuzione l'esatta perimetrazione della nozione in questione¹³⁷. Le conseguenze di una simile scelta sembrano essere duplici: da un lato, vi è il rischio di ottenere tante definizioni di atti non coercitivi quante sono le legislazioni nazionali, con buona pace dell'uniformazione normativa a livello unionale; dall'altro, produce l'effetto di impedire il ricorso a un atto di indagine diverso, se non previsto in un caso interno analogo o se inesistente nel diritto dello Stato di esecuzione, qualora l'OEI

¹³⁶ M. DANIELE, *L'impatto*, op. cit., p. 68, il quale aggiunge altresì che «se vale il diritto di non testimoniare, deve valere pure l'obbligo di non testimoniare».

¹³⁷ Secondo D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 321, «*it remains unclear which measure should be considered coercive and which ones should not*». Anche secondo Á TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 354, «ci troviamo di fronte ad una categoria di atti di indagine che può differire nei diversi Stati in funzione dei diversi standard probatori». Per C. HEARD-D. MANSELL, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 361, «*also classed as a non-coercive measure is an order for search and seizure where this is requested in relation to an offence contained in the Framework list of 32 offences to which dual criminality does not apply*».

richieda l'esecuzione di un atto non coercitivo ai sensi del diritto dello Stato di esecuzione.

Quid iuris, però, se uno Stato membro (come il Portogallo e la Germania) non ha fornito una definizione di atto non coercitivo? Sembra, in primo luogo, che si debba fare riferimento al diritto vivente e all'interpretazione della giurisprudenza nazionale ed europea. Qualora, poi, anche il diritto pretorio non fosse sufficiente a dirimere i dubbi, è difficile poter stabilire a priori cosa debba intendersi per atto non coercitivo ai sensi del diritto dell'Unione europea, in quanto l'unico aggancio normativo è dato dal considerando 16, il quale stabilisce che potrebbero essere tali «ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà, in funzione del diritto nazionale». Anch'esso, tuttavia, oltre ad avere una natura meramente esemplificativa, richiama il diritto nazionale e non sembra dunque essere dirimente ai fini della qualificazione (non) coercitiva di un atto. In assenza di una definizione legale, valevole per tutti gli Stati vincolati dalla Direttiva, di cosa si debba intendere per atto non coercitivo, si può ipotizzare che tali atti siano quelli che violano uno dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza. Il riferimento proprio alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, infatti, sembra essere l'unico in grado di fornire un livello sufficientemente preciso di certezza del diritto.

In conclusione, si deve notare come l'art. 10, par. 2, se a prima lettura sembra incline ad armonizzare parzialmente i sistemi processuali nazionali in materia probatoria¹³⁸, ad una più approfondita disamina pare non aver raggiunto l'auspicato obiettivo. Invero, se non si considerano le audizioni e l'acquisizione dei dati di un abbonamento telefonico di un indirizzo IP, nessuno degli atti che devono essere sempre presenti consente ai legislatori nazionali di svolgere un'opera di adeguamento alla disciplina unionale. Se si fosse voluto veramente uniformare almeno in parte le legislazioni nazionali, una dose di coraggio maggiore sarebbe stata sicuramente opportuna, prevedendo con formule chiare e precise (non già vaghe come le attuali) i tipi di atti che devono essere sempre necessariamente presenti¹³⁹.

7.2. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine in Italia

L'Italia ha traposto la tematica in oggetto in modo tutto sommato allineato alle previsioni

¹³⁸ In dottrina si è sostenuto che «con tale disposizione si realizza una “scorciatoia” verso l'armonizzazione»: L. CAMALDO-F. CERQUA, *La Direttiva*, op. cit., p. 3518.

¹³⁹ Di senso parzialmente analogo quanto sostenuto da C. HEARD-D. MANSELL, *The European Investigation Order*, op. cit., p. 361, secondo cui «*tighter definitions [of coercive and non-coercive measures] will be needed if these provisions are to be retained*».

della Direttiva, anche se non mancano alcune imprecisioni tecniche che avrebbero potuto essere evitate.

L'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che quando l'atto richiesto con l'OEI non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti per la sua esecuzione, il procuratore della Repubblica (ma deve intendersi eventualmente anche il GIP quando è competente ad eseguire un ordine) procede «mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo», previa comunicazione all'autorità di esecuzione; con la precisazione che «l'impossibilità di eseguire l'ordine di indagine secondo quanto disposto dal comma 1 è motivo di rifiuto del riconoscimento (art. 9, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017). Da queste prime battute della legge di recepimento italiana si possono notare due divergenze rispetto alla disciplina unionale: da un lato, si introduce un motivo di rifiuto del riconoscimento basato sull'impossibilità di adottare un atto di indagine differente, mentre la Direttiva si limita a prevedere una mancata assistenza (e come visto la procedura per opporre un motivo di riconoscimento è più complessa di quella della mancata assistenza); dall'altro vi è spazio per lo Stato di emissione per «decidere di ritirare o integrare l'OEI», così come stabilito dall'art. 10, par. 4, Direttiva 2014/41/UE. Tali differenze tra normativa italiana ed europea, sebbene non sembrino essere insuperabili in via esegetica, avrebbero comunque potuto essere evitate mediante un'opera di implementazione meno "frettolosa".

In ogni caso, pare difficile che il motivo di sostituzione basato sull'inesistenza dell'atto richiesto nel diritto italiano possa trovare massiva applicazione, in quanto, come si è visto, l'art. 189 c.p.p. sembra poter abbracciare ogni atto di indagine richiesto con un OEI, con il doppio limite del rispetto della libertà morale della persona e dell'idoneità all'accertamento dei fatti. L'art. 189 c.p.p., infatti, è stato immaginato proprio al fine di evitare un sistema probatorio eccessivamente rigido e ancorato a un dato momento storico, così da consentire l'adeguamento del codice di rito all'evoluzione della scienza, delle arti e della tecnica, nonché, più in generale, per ricomprendere situazioni non previamente ipotizzabili dal legislatore¹⁴⁰. Solo qualora l'OEI richieda il compimento di un atto in violazione della libertà morale della persona o inidoneo ad accertare i fatti, si può allora ritenere che lo stesso non sia

¹⁴⁰ Sul punto v. *amplius* A. BALSAMO, Sub art. 189 c.p.p., in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale commentato*, Giuffrè, 2013, pp. 19 ss.; F.R. DINACCI, *Le regole generali delle prove*, in G. SPANGHERA-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, 2015, p. 774.

disponibile in un caso interno analogo e non possa essere prestata l'assistenza domandata (o, comunque, opererebbe il motivo di rifiuto fondato sulla violazione del combinato disposto dell'art. 6 TUE e della Carta di Nizza).

Anche il terzo motivo di sostituzione previsto dalla Direttiva è stato tradotto nell'ordinamento interno con qualche imprecisione. L'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che, «previo accordo con l'autorità di emissione», si debbano adottare atti diversi «comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo anche quando l'ordine di indagine non appare proporzionato». La normativa nazionale riesce al contempo a rendere obbligatorio un motivo di sostituzione che per la Direttiva è facoltativo¹⁴¹, a introdurre elementi inesistenti nella stessa e a non prevederne altri che nella medesima trovano fondamento. Con riferimento agli elementi di novità, l'art. 10 Direttiva 2014/41/UE non fa alcun riferimento a un accordo tra autorità di esecuzione e autorità di emissione in merito alla possibilità di adottare un atto diverso, bensì si limita a prevedere una consultazione tra le autorità coinvolte, al fine di consentire all'autorità di emissione di ritirare o integrare l'ordine. È proprio quest'ultima consultazione che non è stata implementata dal legislatore interno, il quale ha altresì fatto riferimento impropriamente al principio di proporzione, richiamato però dalla Direttiva solo in relazione al secondo *step* dello stesso, ossia il vaglio sulla necessità della misura (che, come visto, implica una ponderazione sull'intrusività dell'atto nei diritti fondamentali).

Infine, l'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017 traspone le cinque tipologie di atti di indagine che devono necessariamente essere sempre presenti nell'ordinamento interno, adeguando il linguaggio della Direttiva a quello del codice di rito italiano (salvo non prevedere l'acquisizione dei dati contenuti in banche dati della polizia e introdurre *ex novo* l'identificazione di persone titolari di un indirizzo di posta elettronica). Ciò che maggiormente attira l'attenzione dell'interprete è la traduzione della nozione di atti non coercitivi ad opera dell'art. 9, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 108 del 2017, identificati come quegli atti «che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio». Il riferimento non può che correre ai rispettivi artt. 13 e 14 Cost., ma non si comprende il motivo per il quale non è stato fatto alcun riferimento al diritto alla libertà e alla segretezza delle

¹⁴¹ Sottolinea questo aspetto A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 12: «diversamente dalla Direttiva, che configura la clausola di flessibilità fondata sul mezzo meno intrusivo come “facoltativa”, il testo di recepimento, nell'utilizzare l'espressione “si dà luogo”, sembra orientato verso una sorta di obbligatorietà».

comunicazioni (art. 15 Cost.) che, come noto, va a comporre il trittico dei diritti di libertà della parte prima della Costituzione¹⁴². E ciò a maggior ragione se si considera che il considerando 16 della Direttiva annovera – anche se a mero titolo esemplificativo – il diritto alla vita privata, riconosciuto dall’art. 7 Carta di Nizza, tra quelli idonei ad essere utilizzati per vagliare la natura (non) coercitiva di un atto. Un diritto di ampio respiro, atteso che l’art. 7 citato comprende al suo interno il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (in altre parole, il diritto alla riservatezza), del proprio domicilio (al pari dell’art. 14 Cost.) e delle comunicazioni (così come l’art. 15 Cost.).

7.3. La possibilità di ricorrere a un diverso atto di indagine all'estero

La Francia e il Lussemburgo hanno trasposto la Direttiva fedelmente e in modo sostanzialmente identico tra loro. Gli artt. 694-38 CPPF e 17, par. 2 e 3, l. 1° agosto 2018 prevedono, infatti, tutti i motivi di sostituzione disciplinati dalla Direttiva e la relativa eventuale comunicazione circa l'impossibilità di prestare l'esecuzione richiesta; così come gli artt. 694-33 CPPF e 17, par. 1, l. 1° agosto 2018 traducono quasi letteralmente le cinque tipologie di atti di indagine che devono sempre essere presenti. Degno di nota è, infine, il riferimento – in entrambi i Paesi – agli atti non coercitivi come qualsiasi atto *«qui ne porte pas atteinte aux droits ou libertés individuels»*: una formulazione così generica che potrebbe astrattamente consentire di farvi rientrare quasi tutti gli atti di indagine. Sul punto, però, il Lussemburgo ha affiancato *a contrario* anche un'elencazione non tassativa di quelli che considera atti coercitivi, tra i quali sono compresi i sequestri, le perquisizioni, gli ordini di esibizione di documentazione bancaria e ogni altro atto che presenta *«un degré de contrainte analogue»* (art. 21 l. 1° agosto 2018¹⁴³).

In Spagna l’art. 206 LRM RP disegna una disciplina chiara e allineata a quella della Direttiva. Sono, infatti, previsti i tre motivi di sostituzione; il dovere di comunicazione all’autorità di emissione della volontà di adottare un atto alternativo, affinché quest’ultima possa integrare o ritirare l’ordine o prestare un silenzio-assenso; la notificazione all’autorità di

¹⁴² Secondo M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1034, siamo in presenza di un «cortocircuito interpretativo».

¹⁴³ *«Les articles de la présente section sont applicables aux décisions d'enquête européennes qui tendent à faire opérer au Grand-Duché de Luxembourg une saisie d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code de procédure pénale, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue»*.

emissione dell'impossibilità di prestare l'assistenza richiesta in caso di inesistenza di un atto alternativo nel caso in cui quello richiesto non sia presente nel diritto dello Stato di esecuzione o non sia previsto per casi interni analoghi; la necessaria presenza delle cinque tipologie di atti di indagine. Per quanto riguarda, più da vicino, la delicata tematica dell'individuazione degli atti non coercitivi, la Spagna ritiene che essi siano riconducibili a «*cualquier medida de investigación no restrictiva de los derechos fundamentales y garantías procesales prevista en el Derecho español*»

Il Portogallo, con l'art. 21 l. 88/2017, tratteggia una disciplina quasi identica a quella spagnola, con due sole differenze: non è attribuito espressamente alcun valore al silenzio dell'autorità di emissione messa a conoscenza della volontà dell'autorità di esecuzione di ricorrere a un atto di indagine differente; e non vi è alcuna definizione di atto non coercitivo, in quanto la stessa è stata tradotta letteralmente dalla Direttiva («*medidas de investigação não intrusivas previstas na lei do Estado de execução*»).

In Germania, l'art. 91f IRG detta una disciplina analoga a quella della Direttiva in relazione ai motivi di sostituzione, al necessario contraddittorio tra l'autorità di esecuzione e quella di emissione, nonché alla possibilità di non dare seguito all'assistenza richiesta. Tuttavia, non vi è traccia delle cinque tipologie di atti di indagine che devono sempre essere presenti, con conseguente inesistenza anche di una nozione di atto non coercitivo. Deve, pertanto, ritenersi che sia direttamente applicabile nell'ordinamento tedesco l'art. 10, par. 2, Direttiva 2014/41/UE, sebbene la perimetrazione della nozione di atto non coercitivo rimanga un'incognita di non secondo momento.

In conclusione, si può osservare come gli Stati membri qui analizzati (ad eccezione in parte della Germania) abbiano recepito la Direttiva in modo sostanzialmente uniforme, ma al contempo abbiano definito differentemente la nozione di atto non coercitivo. L'Italia ha restrittivamente fatto riferimento agli atti che possono comportare una violazione del diritto alla libertà personale e all'inviolabilità del domicilio; la Francia e il Lussemburgo, più genericamente, l'hanno ricondotta alle possibili lesioni delle *libertés individuels*; la Spagna ha richiamato l'interessamento dei *derechos fundamentales y garantías procesales*; il Portogallo si è limitato a tradurre la Direttiva; la Germania non ha preso posizione sul punto. Nessuno degli Stati esaminati ha affiancato alle definizioni un'elencazione non tassativa di quelli che considera atti non coercitivi (solo il Lussemburgo ha operato *a contrario* un'esemplificazione di quelli che ritiene atti coercitivi), ma forse proprio una simile tecnica

avrebbe potuto essere d'aiuto alla certezza e alla prevedibilità del diritto¹⁴⁴. Si può allora notare come si sia effettivamente manifestato il timore sopra prospettato relativo a una “non-armonizzazione” delle discipline nazionali, in quanto, su sei Stati membri presi in considerazione, vi sono ben cinque definizioni differenti di atto non coercitivo. Il quadro normativo a livello unionale è, in altri termini, caratterizzato da una profonda disarmonia che può essere ricondotta a unità solo ed esclusivamente dal legislatore europeo.

8. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI

Come anticipato nel capitolo II, i motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione¹⁴⁵ possono non essere annoverati tra le deroghe ai principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca, in quanto rappresentano un contemperamento di interessi tra le esigenze investigative degli Stati coinvolti¹⁴⁶. In altre parole, la cooperazione è fondamentale, ma non deve andare a detrimento di nessun procedimento penale, avviato tanto dall'autorità di emissione quanto, e soprattutto, dall'autorità di esecuzione¹⁴⁷.

Più nello specifico, il primo motivo di rinvio trova applicazione qualora l'esecuzione dell'OEI «possa pregiudicare un'indagine o un procedimento penale in corso, per un periodo di tempo che lo Stato di esecuzione ritenga ragionevole». La finalità principale è chiaramente quella di preservare il segreto istruttorio nello Stato di esecuzione, evitando che le indagini svolte nello Stato di emissione possano vanificare l'efficacia di quelle condotte nel primo. Si pensi ad anni di pre-investigazioni e indagini effettuate dalla procura di Torino nei confronti di Tizio per associazione a delinquere di stampo mafioso, con risvolti anche transnazionali. Nel corso delle indagini, la procura di Lubeca chiede a quella di Torino di perquisire l'abitazione di Tizio, al fine di sequestrare cose pertinenti al reato. Se la procura di Torino procedesse con la perquisizione richiesta con l'OEI prima dell'avviso di

¹⁴⁴ La formulazione potrebbe essere: «Si considerano atti non coercitivi quelli che non violano i diritti fondamentali. Tra questi sono compresi...»

¹⁴⁵ E. LARO GONZÁLEZ, *La sustitución*, op. cit., p. 426, ha osservato come nella prassi «*en cuanto a la terminología empleada, ambos preceptos aluden a la suspensión del reconocimiento y ejecución de la orden, si bien consideramos que la suspensión opera solo respecto a la ejecución, pues lo normal es que se reconozca la orden y se paralice la ejecución de la medida*».

¹⁴⁶ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., ritiene che i motivi di rinvio siano finalizzati alla «salvaguardia delle prioritarie esigenze di giustizia interna».

¹⁴⁷ Vi è chi, invece, distingue il piano nazionale e quello europeo. Sotto il primo punto di vista, i motivi di rinvio sarebbero da salutare con favore, in quanto preservano la sovranità nazionale. In un'ottica europea, invece, gli stessi rischierebbero di minare il processo di integrazione europea. Così A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 50.

conclusione indagini, o comunque prime di qualunque atto garantito e per esempio mentre sono pendenti intercettazioni dell'utenza telefonica in uso a Tizio, vi potrebbe essere il rischio che lo stesso percepisca la sensazione che si stia conducendo un'indagine anche interna a suo carico, con conseguente potenziale pericolo di fuga o di inquinamento probatorio. È bene ancora precisare che il rinvio non può essere disposto a tempo indeterminato, ma deve essere ritenuto «ragionevole» dallo Stato di esecuzione; e ciò al fine di evitare l'aggiramento dei tassativi motivi di non riconoscimento o non esecuzione di un OEI, utilizzando un rinvio *sine die* allo scopo di non prestare l'assistenza richiesta¹⁴⁸.

Il secondo motivo, per contro, non è finalizzato a garantire il segreto istruttorio, bensì il corretto svolgimento di un altro procedimento che è in corso nello Stato di esecuzione. L'art. 15, par. 1, lett. b), Direttiva 2014/41/UE stabilisce, infatti, che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI possono essere rinviati se «gli oggetti, i documenti o i dati in questione siano già utilizzati nell'ambito di un altro procedimento, fino a quando non siano più necessari a tale scopo». Dalla formulazione della norma – che fa riferimento a sole prove costituite – si deve ritenere che non possano rientrare nel raggio operativo del motivo di rinvio in questione le prove costituenti, atteso che la loro natura intrinseca implica che si formino proprio durante l'esecuzione dell'OEI.

Fatti salvi i doveri di comunicazione all'autorità di emissione sulle eventuali decisioni di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione (art. 16, par. 3, lett. b) Direttiva 2014/41/UE), l'applicazione del citato criterio *prior in tempore potior in iure* può essere derogato sulla base di un accordo tra Stato di esecuzione e Stato di emissione. Il precedente art. 13, par. 4, tratteggia infatti una disciplina di trasmissione temporanea delle prove costituite allo Stato di emissione (su espressa richiesta di quest'ultima e previa consultazione), «a condizione che esse siano restituite allo Stato di esecuzione non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione o in qualsiasi altro momento o occasione concordati tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione». La Direttiva ha così previsto un “bilanciamento del bilanciamento” di interessi degli Stati coinvolti, probabilmente per supplire a situazioni in cui nello Stato di esecuzione si versi in una fase di stallo processuale. Si pensi, per fare un esempio, a un OEI indirizzato all'Italia finalizzato ad ottenere un documento presente nel

¹⁴⁸ Vi è comunque vi è anche chi ha suggerito di non ricorrere al motivo di rinvio *de quo*, bensì di procedere con l'istituzione di una squadra investigativa comune. Così F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo*, op. cit., p. 13, il quale ha altresì sottolineato – dal punto di vista italiano – che non vi è un raccordo tra procuratore distrettuale e procuratori circondariali in merito all'«esistenza di procedimenti in essere o sulla opportunità, se del caso, di aprire un nuovo procedimento».

fascicolo del pubblico ministero, nell'ambito di un procedimento sospeso per incapacità reversibile dell'imputato a partecipare al procedimento *ex art. 71 c.p.p.* In tal caso, non si sa quando (e se) il procedimento riprenderà il suo corso, con la conseguenza che il documento richiesto, da un lato, non ha alcuna utilità nello Stato di esecuzione, attesa la fase di stasi processuale; dall'altro, il procedimento avviato nello Stato di emissione potrebbe essere irrimediabilmente frustrato a causa del decorrere del tempo (si pensi al sopravvenire della prescrizione), nell'attesa che quello principale effettui il suo corso.

Infine, la Direttiva si preoccupa altresì di precisare che, al venire meno del motivo di rinvio, l'autorità di esecuzione debba adottare «senza ritardo» le misure necessarie ai fini dell'esecuzione dell'OEI, dandone comunicazione all'autorità di emissione.

8.1. *Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI in Italia*

L'art. 14 d.lgs. n. 108 del 2017 racchiude sé un'anima perfettamente in linea con la Direttiva e una che se ne discosta parzialmente.

Sotto il primo punto di vista, l'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 riflette, con gli opportuni adeguamenti lessicali, l'art. 15, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/41/UE, in quanto stabilisce che il procuratore (e deve ritenersi il GIP se chiamato in causa) «dispone il rinvio del riconoscimento dell'ordine di indagine per il periodo necessario quando dall'esecuzione può derivare pregiudizio alle indagini preliminari o a un processo già in corso». In merito al pregiudizio alle indagini preliminari, un ruolo fondamentale sarà giocato dalla *discovery*, tanto fisiologica *ex art. 415 bis c.p.p.* quanto “incidentale”: al venire meno della stessa dovrebbe cadere anche ogni motivo che giustifica il rinvio dell'esecuzione¹⁴⁹.

In relazione, invece, agli oggetti, documenti o dati «già utilizzati nell'ambito di un altro procedimento» (art. 15, par. 1, lett. b), Direttiva 2014/41/UE), l'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 adotta una formulazione ambigua. È infatti previsto che il procuratore della Repubblica (e il GIP per quanto di sua competenza) disponga il rinvio se le prove costituite «oggetto di richiesta di sequestro sono già sottopost[e] a vincolo, fino alla revoca del relativo provvedimento». Sorprendentemente il legislatore italiano ha, dunque, introdotto un requisito non richiesto dalla Direttiva: un provvedimento di sequestro a cui le cose (*rectius*: oggetti), i documenti o i dati devono essere sottoposti. Una scelta quantomai inspiegabile, se si considera che la finalità della norma europea è quella di garantire il corretto

¹⁴⁹ In tal senso la Relazione illustrativa, op. cit., p. 9.

svolgimento di un processo interno, così che limitare il rinvio alle sole prove costituite oggetto di sequestro rischia di comportare effetti paradossali. Si pensi a un OEI volto ad ottenere un documento originale prodotto da una persona informata sui fatti nel corso delle indagini preliminari, che pertanto non è stato oggetto di sequestro, fondamentale tanto per il procedimento nello Stato di esecuzione quanto in quello di emissione; in tal caso la normativa italiana non permette al procuratore della Repubblica di rinviare il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI (proprio perché il documento non è stato sottoposto a sequestro) e, di conseguenza, ne impone la consegna all'autorità di emissione, con evidente frustrazione di tutte le esigenze processuali interne.

Anche il trasferimento temporaneo delle prove di cui all'art. 13, par. 4, Direttiva 2014/41/UE, come visto strettamente connesso ai motivi di non riconoscimento, è stato impropriamente “adattato” dal legislatore italiano, L'art. 12, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce, infatti, che il procuratore della Repubblica, previa autorizzazione del giudice che procede e sentite le parti nel caso in cui sia già stata esercitata l'azione penale, può disporre il trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, quando ciò non è d'impedimento alla spedita trattazione del procedimento in corso, concordando con l'autorità di emissione le modalità del trasferimento e il termine di restituzione». Anche in questo caso non si comprende perché il legislatore italiano abbia inteso circoscrivere l'operatività del trasferimento temporaneo delle prove esclusivamente al corpo del reato o alle cose pertinenti allo stesso e non anche – più genericamente e come previsto dalla Direttiva – a tutti gli oggetti, documenti e dati in possesso dell'autorità di esecuzione. Il corpo del reato e le cose allo stesso pertinenti, infatti, posseggono una valenza euristica ben più pregnante di quella che possono avere “semplici” documenti, oggetti o dati, i quali sembrerebbero esclusi dalla possibilità di un trasferimento temporaneo.

In definitiva, il legislatore italiano non si è adeguato fino in fondo alla regolamentazione europea; di conseguenza, sarebbe stato preferibile un allineamento rispettivamente dell'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017 e dell'art. 12, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017 alle omologhe disposizioni dell'art. 15, par. 1, lett. b), e dell'art. 13, par. 4, Direttiva 2014/41/UE.

8.2. Motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione di un OEI all'estero

In Francia l'art. 694-37 CPPF¹⁵⁰ traspone i motivi di rinvio in linea con lo spirito della Direttiva, mentre il successivo art. 694-42 CPPF¹⁵¹, riguardante il trasferimento temporaneo delle prove allo Stato di emissione, adotta una formulazione non del tutto cristallina. Quest'ultimo prevede, infatti, che le autorità francesi possano trasferire temporaneamente i verbali, gli oggetti sequestrati e altri elementi di prova raccolti in esecuzione di un OEI qualora siano utili in un procedimento in corso in Francia, ma non fa riferimento al caso in cui gli stessi fossero già stati acquisiti nel corso in un procedimento interno.

In Lussemburgo, l'art. 19 l. 1° agosto 2018¹⁵² è la trasposizione letterale dell'omologa disposizione della Direttiva, ma non vi è alcun riferimento al trasferimento temporaneo delle prove allo Stato di emissione.

La Spagna e il Portogallo, invece, hanno implementato, senza discostarsi dalla Direttiva, sia i motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione (art. 209 LRMRP¹⁵³ – art. 24 l. 88/2017¹⁵⁴), sia il trasferimento temporaneo delle prove allo Stato di emissione (art. 211,

¹⁵⁰ «Le magistrat saisi peut décider de reporter l'exécution de la décision d'enquête si elle risque de nuire à une enquête ou à des poursuites en cours ou si les objets, documents ou données concernés sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure. La décision d'enquête est mise à exécution sans délai dès lors que les raisons ayant justifié le report ont cessé. L'autorité d'émission en est immédiatement informée».

¹⁵¹ «Le magistrat saisi peut ordonner la remise temporaire à l'autorité d'émission des procès-verbaux, objets saisis et autres éléments de preuve recueillis en exécution de la décision d'enquête, à charge pour cette autorité de les restituer dès qu'ils ne lui sont plus nécessaires, notamment lorsqu'ils sont utiles à une procédure en cours en France».

¹⁵² «1. L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut reporter la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne lorsque:

1° son exécution risque de nuire à une enquête pénale ou à des poursuites pénales en cours, jusqu'au moment où elle le jugera raisonnable;

2° les objets, documents ou données concernés sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure, jusqu'à ce qu'ils ne soient plus nécessaires à cette fin.

2. Dès que le motif de report cesse d'exister, l'autorité judiciaire luxembourgeoise prend immédiatement les mesures nécessaires à l'exécution de la décision d'enquête européenne et en informe l'autorité d'émission par tout moyen permettant de laisser une trace écrite».

¹⁵³ «1. La autoridad competente española suspenderá el reconocimiento y la ejecución de una orden europea de investigación cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario.

b) Que los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

2. Una vez dejen de existir las causas que provocaron la suspensión, la autoridad competente española adoptará las medidas necesarias para la ejecución de la orden europea de investigación, informando sin dilación a la autoridad competente del Estado de emisión».

¹⁵⁴ «1. O reconhecimento ou a execução de uma DEI podem ser adiados:

a) Durante um prazo razoável sempre que a execução possa prejudicar uma investigação ou ação penal em curso, por um período que o Estado de execução considere razoável;

b) Sempre que os objetos, documentos ou dados em causa estejam a ser utilizados noutra processo, até deixarem de ser necessários para esse efeito.

2. Cessando o motivo de adiamento, a autoridade de execução toma imediatamente as medidas necessárias à execução e informa a autoridade de emissão, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito».

par. 3, LRMRP¹⁵⁵ – art. 23, par. 6., l. 88/2017¹⁵⁶).

In Germania, l'art. 91e, par. 2, IRG¹⁵⁷ ha previsto più sinteticamente, ma comunque in linea con la Direttiva, che «*die Bewilligung der Rechtshilfe*» (letteralmente la concessione del mutuo soccorso) può essere rinviata se potrebbe pregiudicare le indagini in corso o se le prove richieste sono già utilizzate in altri procedimenti. Così come in Lussemburgo, poi, non è fatto alcun riferimento alla trasmissione provvisoria delle prove allo Stato di emissione.

In conclusione, si può notare come, anche sul tema in questione, l'Italia sia uno degli Stati che più si è discostato dalle previsioni della Direttiva. Se non si considerano, infatti, il silenzio del Lussemburgo e della Germania sul trasferimento temporaneo delle prove, gli Stati membri hanno implementato fedelmente la Direttiva e non vi sono differenze significative tra le relative legislazioni che possono essere segnalate. È proprio questa uniformità che, unitamente alle motivazioni sopra prospettate, deve indurre il legislatore italiano a ridisegnare la disciplina interna.

9. Il trasferimento delle prove

La procedura “ordinaria” di trasmissione delle prove allo Stato di emissione, che affianca quella “temporanea” di cui si è già trattato e la sua eventuale sospensione in pendenza di un'impugnazione (*infra* capitolo V), rappresenta l'epilogo del ciclo di vita di un OEI (iniziato con l'emissione e proseguito con riconoscimento ed esecuzione).

L'art. 13, par. 1, Direttiva 2014/41/UE prevede una modalità di trasmissione ordinaria “principale”, per la quale «l'autorità di esecuzione trasferisce senza indebito ritardo allo Stato di emissione le prove», e una “secondaria”, per cui le prove possono essere trasferite immediatamente alle autorità dello Stato di emissione che si trovano nel territorio dello Stato

¹⁵⁵ «3. Cuando las pruebas obtenidas sean relevantes para otros procesos penales, la autoridad competente española, previa petición expresa y tras mantener consultas con la autoridad de emisión, podrá trasladar temporalmente las pruebas con la condición de que se devuelvan a las autoridades competentes españolas tan pronto como el Estado de emisión deje de necesitarlas o bien en cualquier otro momento u ocasión que se acordara entre las autoridades competentes».

¹⁵⁶ «6. Podem ser transferidos temporariamente para o Estado da emissão os objetos, documentos ou dados pertinentes para outros processos nacionais, na condição de serem devolvidos assim que deixarem de ser necessários n Estado de emissão, ou em qualquer outra altura ou ocasiã acordada entre as autoridades competentes».

¹⁵⁷ «2. Die Bewilligung der Rechtshilfe kann aufgeschoben werden, soweit
1. sie laufende strafrechtliche Ermittlungen beeinträchtigen könnte oder
2. die Beweismittel, um die ersucht wird, bereits in einem anderen Verfahren verwendet werden».

di esecuzione in forza di un OEI concelebrato. Il trasferimento può, tuttavia, essere effettuato a titolo non definitivo, in quanto all'autorità di esecuzione è concesso, all'atto del trasferimento delle prove, di indicare «se ne richiede la restituzione [...] non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione».

La disciplina europea, come si può notare, difetta di una precisazione fondamentale: le modalità con le quali l'autorità di esecuzione deve trasferire le prove all'autorità di emissione¹⁵⁸. Manca, infatti, una disposizione analoga a quella dell'art. 7, par. 1, in forza della quale è previsto che l'OEI è trasmesso «con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta in condizioni che permettano allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità». Non si comprende per quale motivo il legislatore sovranazionale si sia preoccupato di precisare che la trasmissione di un OEI debba consentire all'autorità di esecuzione di stabilirne l'autenticità, ma non abbia fornito un'analoga specificazione in un ambito, quello della trasmissione delle prove raccolte, nel quale l'autenticità gioca un ruolo primario. Il mancato rispetto della catena di custodia¹⁵⁹, soprattutto quando si è di fronte a una prova digitale, rischia di rendere vani tutti gli sforzi profusi dalle autorità e rendere inutilizzabili le evidenze raccolte. Sarebbe allora opportuno che il legislatore europeo¹⁶⁰ intervenisse per disegnare una disciplina che consenta di garantire la *chain of custody*, così da consentire ai soggetti processuali coinvolti nello Stato di emissione (autorità di emissione e accusato *in primis*, ma anche le vittime e i soggetti processuali eventuali) di verificare l'attendibilità della prova allogena.

9.1. Il trasferimento delle prove in Italia

In Italia l'art. 12, commi 1 e 2, d.lgs. n. 108 del 2017 traspone nella sostanza quasi fedelmente le modalità di trasmissione ordinaria “principale” e “secondaria” previste dall'art. 13, par. 1, Direttiva 2014/41/UE. Tuttavia, l'art. 12 d.lgs. n. 108 del 2017 se ne discosta da un lato per eccesso e da un altro per difetto. Sotto il primo punto di vista, opportunamente il

¹⁵⁸ Evidenzia L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., pp. 123 s. che la prassi attuale prevede la trasmissione via e-mail di documenti che possono essere trasferiti con tale modalità, anche se non manca di puntualizzare come sia opportuno prevedere l'utilizzo di «*secured channels*». Qualora, invece, non sia possibile il ricorso a una trasmissione *peer-to-peer*, «*practice shows that it is very frequent that law enforcement agents serving in the judicial police and in the cooperation units, travel to the relevant country either to bring or to collect the objects of evidence*», evitando così la trasmissione a mezzo del servizio postale.

¹⁵⁹ Sulla catena di custodia v. L. BARTOLI-C. MAIOLI, *La catena di custodia del dato digitale: tra anelli solidi e anelli mancanti*, in *Informatica e diritto*, 2015, pp. 139 ss.

¹⁶⁰ Vi è anche chi ritiene sufficiente un protocollo condiviso: L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 124.

legislatore interno ha voluto precisare che dell'avvenuta trasmissione debba essere «data attestazione in forma scritta», anche in relazione alla «forma della consegna diretta». Ciò che non è previsto, invece, è la possibilità per l'Italia di chiedere all'autorità di emissione la restituzione delle prove non appena cessino di essere necessarie alla stessa. Sarebbe stato consigliabile che il legislatore italiano avesse trasposto la citata possibilità; tuttavia, in assenza di una presa di posizione di matrice legale, si può ritenere che possa trovare applicazione diretta la disposizione di matrice unionale.

Vi sono ancora da evidenziare due aspetti. L'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che «il procuratore della Repubblica trasmette senza ritardo» gli atti all'autorità di emissione e, pertanto, si deve ritenere che anche qualora l'atto sia eseguito dal GIP, l'unico legittimato a trasmettere le prove raccolte all'autorità di emissione sia in ogni caso il pubblico ministero distrettuale. Inoltre, nel caso in cui all'atto richiesto abbia diritto di assistere il difensore dell'indagato, l'art. 4, comma 8, impone che gli atti siano «depositati nella segreteria del pubblico ministero, secondo quanto previsto dall'articolo 366, comma 1, del codice di procedura penale»¹⁶¹. In tal caso, anche se secondo la Relazione Illustrativa a cosa «la locuzione “senza ritardo” indica di per sé l'assenza di qualsiasi iato tra acquisizione e trasferimento»¹⁶², gli atti non potranno che essere trasmessi decorsi almeno otto giorni dalla loro esecuzione, dal momento che nei tre giorni successivi devono essere depositati nella segreteria del pubblico ministero, con facoltà per il difensore di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi; tempistiche ancor più dilatate se, agli adempimenti appena descritti, deve aggiungersi la notificazione dell'avviso di deposito al difensore dell'indagato. Nulla è detto, invece, nel caso in cui l'atto sia eseguito dal GIP. Essendo il procedimento trattato secondo le forme dell'art. 127 c.p.p., pertanto nel contraddittorio tra le parti (la cui presenza non è comunque obbligatoria) dinanzi ad un giudice, non può trovare applicazione *tout court* la disciplina del deposito *ex art. 366 c.p.p.*; tuttavia, essendo competente alla trasmissione all'autorità di emissione il solo pubblico ministero, gli atti devono comunque essere trasmessi a quest'ultimo, così che può forse paventarsi l'idea di un'interpretazione estensiva dell'art. 366, comma 1, c.p.p. Può non essere peregrino immaginare che al difensore dell'accusato (indagato e imputato) debba essere notificato l'avviso di

¹⁶¹ Vi è chi ritiene che «sarebbe stato opportuno prevedere un deposito degli atti anche presso l'autorità di emissione» (M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1024), ma la lettura in questione non tiene in considerazione che la legge italiana non può avere efficacia *ultra fines*.

¹⁶² Relazione illustrativa, op. cit., p. 8.

deposito degli atti eseguiti dal GIP nella segreteria del pubblico ministero, concedendo la facoltà di visione e copia degli atti contenuti nel fascicolo. Una disciplina, in ogni caso, molto complessa, che forse avrebbe potuto essere semplificata senza inserire il riferimento alla disciplina *ex art.* 366 c.p.p. (art. 4, comma 8, d.lgs. n. 108 del 2017) e con la previsione di un parallelismo tra autorità di esecuzione e autorità di trasmissione, con conseguente facoltà anche per il GIP di trasferire le prove allo Stato di emissione.

9.2. Il trasferimento delle prove all'estero

In Francia l'unica disposizione relativa alla procedura di trasmissione ordinaria è contenuta nell'art. 694-42, par. 1, CPPF¹⁶³, la quale si limita a disciplinare la versione "principale", senza fare riferimento a quella "secondaria" e alla possibilità di richiedere all'autorità di emissione la restituzione delle prove trasmesse.

In Lussemburgo, invece, non è stata disegnata alcuna disciplina generale riguardante la trasmissione delle prove, ma sono state individuate alcune modalità particolare in relazione a singoli atti di indagine.

In Spagna, l'art. 211, par. 1, LRMRP¹⁶⁴ tiene in considerazione tutti gli aspetti dettati dalla Direttiva, trasponendoli in modo fedele alla stessa: è prevista la trasmissione all'autorità di emissione, la trasmissione diretta ai funzionari presenti nello Stato di esecuzione, nonché il dovere di indicare se le prove trasferite debbano o meno essere restituite alle autorità spagnole nel momento in cui non sono più necessarie nello Stato di emissione.

Anche in Portogallo, pur con una formulazione letterale diversa da quella iberica, sono state implementate la trasmissione ordinaria "principale" e "secondaria", così come l'eventuale richiesta di restituzione della prova trasmessa all'autorità di emissione (art. 23, par. 1, 2, 5, l. 88/2017¹⁶⁵).

¹⁶³ «*Les procès-verbaux, objets saisis et tous autres éléments de preuve recueillis en exécution de la décision d'enquête sont remis dans les meilleurs délais à l'autorité d'émission*».

¹⁶⁴ «*1. Las pruebas obtenidas se trasladarán de manera inmediata a la autoridad del Estado de emisión y se indicará si deben ser devueltas a las autoridades competentes españolas tan pronto dejen de ser necesarias en el Estado de emisión*».

En el caso de que el Estado de emisión participara en la ejecución de la orden, siempre que así se haya solicitado en la misma y si es posible con arreglo al Derecho español, las pruebas obtenidas se trasladarán inmediatamente a las autoridades competentes del Estado de emisión».

¹⁶⁵ «*1. Após a execução da DEI, a autoridade de execução transfere para as autoridades competentes do Estado de emissão os elementos de prova obtidos ou já na posse das autoridades do Estado de execução. 2. Sempre que solicitado na DEI, se possível de acordo com a lei do Estado de execução, os elementos de prova são imediatamente transferidos para as autoridades competentes do Estado de emissão que assistam na execução da DEI, nos termos do artigo 27.º*»

In conclusione, si può notare dalle tecniche di trasposizione come molti Stati sembrano aver “sottovalutato” l’importanza che ricopre la fase della trasmissione delle prove all’autorità di esecuzione che, come visto, rischia di rendere inutilizzabili i risultati raccolti nello Stato di esecuzione (al punto che la Germania non ha addirittura dettato alcuna disciplina in merito alla trasmissione delle prove). Ciò avvalorava l’idea dell’opportunità dell’introduzione di un’apposita norma dedicata al delicato tema della catena di custodia, obbligando così gli Stati a garantire la corrispondenza e l’autenticità dal momento dell’acquisizione nello Stato di emissione fino a quello dell’utilizzazione nello Stato di esecuzione.

10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione

I motivi di non riconoscimento o non esecuzione (*i.e.* motivi di rifiuto in senso stretto che dovrebbero costituire un «*last resort*»¹⁶⁶), allo stesso tempo tassativi¹⁶⁷ e facoltativi, incarnano, come visto, l’essenza dello spirito ibrido della Direttiva, che guarda al futuro (mutuo riconoscimento) con un occhio rivolto al passato (mutua assistenza).

Originariamente quattro nella bozza avanzata dagli Stati promotori, degli attuali otto motivi generali e facoltativi di rifiuto elencati all’art. 11 Direttiva 2014/41/UE, è però difficile riuscire ad individuare un *fil rouge* che li leghi, in quanto rappresentano una casistica estremamente variegata¹⁶⁸: presenza di immunità e privilegi, nonché garanzie per la libertà di stampa e libertà di espressione (lett. a); lesione di interessi essenziali della sicurezza nazionale (lett. b); emissione in procedimenti amministrativi o giudiziari non penali, qualora l’atto investigativo non sia ammesso in un caso interno analogo (lett. c); contrarietà al principio del *ne bis in idem* (lett. d); violazione del principio di territorialità (lett. e); incompatibilità con i diritti fondamentali *ex art.* 6 TUE e Carta di Nizza (lett. f); insussistenza del requisito della doppia incriminazione (lett. g); limitazioni all’esecuzione dell’atto di

[...]

5. *Ao transferir os elementos de prova obtidos, a autoridade de execução indica se pretende que estes sejam devolvidos logo que deixem de ser necessários no Estado de emissão».*

¹⁶⁶ G. PAPUCHAROVA, *The request for mutual assistance and the European investigation order – Is the modern legal assistance instrument better than its predecessor*, in *International Conference Knowledge-Based Organization*, 2020, 2, p. 215.

¹⁶⁷ Per Eurojust e Rete Giudiziaria Europea, *Nota congiunta*, op. cit., p. 10, «non è disponibile alcun margine per rifiutare l’esecuzione degli OEI per motivi che non sono inclusi in questo elenco, come ad esempio il principio di opportunità».

¹⁶⁸ Di diverso avviso chi ritiene che la maggior parte dei motivi «delimitano il potere giurisdizionale di uno Stato sovrano»: F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell’assistenza penale internazionale: l’ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018, 1, p. 136.

indagine a una certa categoria di reati.

In linea generale, non essendovi obbligata¹⁶⁹, qualora l'autorità dello Stato di esecuzione, nell'esercizio del suo «margine di discrezionalità»¹⁷⁰, decida di non garantire il mutuo riconoscimento e di opporre uno dei citati motivi di rifiuto deve informare l'autorità di emissione senza ritardo e con qualsiasi mezzo che consenta di conservare traccia scritta (art. 16, par. 3, lett. a) Direttiva 2014/41/UE). Ancora prima, però, per i motivi di cui alle sopra citate lett. a), b), d), e) ed f), è tenuta ad avviare una specifica procedura di consultazione. Più nel dettaglio, se lo Stato richiesto intende non riconoscere o non eseguire, anche solo parzialmente, un ordine è obbligato a consultare («consulta») lo Stato richiedente, eventualmente domandando a quest'ultimo di fornirgli «senza ritardo qualsiasi informazione necessaria» (art. 11, par. 4). Nel silenzio della Direttiva sul comportamento che devono tenere le autorità coinvolte nel corso delle consultazioni (che nella prassi si sostanziano in buona parte dei casi in una telefonata), si deve ritenere che lo Stato di emissione possa integrare o ritirare l'ordine, così come insistere per un suo accoglimento *tout court*, mentre lo Stato di esecuzione non sia titolato a rifiutare l'OEI prima che gli siano stati forniti i chiarimenti necessari. Se, tuttavia, l'autorità di emissione non collabora (ipotesi rara, in quanto ha interesse a che l'atto richiesto sia eseguito), sorge un'ulteriore questione: quanto tempo deve aspettare l'autorità richiesta prima di non riconoscere o non eseguire l'ordine? La soluzione più pragmatica induce a ritenere che quest'ultima possa indicare nelle consultazioni un termine entro il quale deve essere fornita una risposta, in difetto della quale l'OEI sarà rifiutato. In mancanza, però, di una simile indicazione, non può che farsi ricorso a un generale (quanto vago) principio di collaborazione, in forza del quale l'autorità di esecuzione è tenuta ad attendere il decorso di un termine «congruo», che può essere parametrato sul tempo che la stessa ha per riconoscere l'ordine: se allo Stato richiesto sono concessi 30 giorni, lo stesso periodo può essere dato all'autorità di emissione per eventuali chiarimenti.

10.1. Immunità, privilegi, libertà di stampa e libertà di espressione (lett. a)

Il primo motivo di rifiuto – previsto analogamente dal Regolamento 2018/1805/EU¹⁷¹ e solo indirettamente dalla DQ 2002/584/GAI – può essere opposto qualora «il diritto dello

¹⁶⁹ L'art. 3 DQ 2002/584/GAI prevede, al contrario, tre motivi di non esecuzione obbligatoria del MAE.

¹⁷⁰ C.G.U.E, Sez. V, 29 aprile 2021, X, C-665/20.

¹⁷¹ Art. 8, par. 1, lett. b), in relazione alle decisioni di congelamento e art. 19, par. 1, lett. b), per le decisioni di confisca.

Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI, ovvero norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI».

Si può subito notare come il motivo in esame sia azionabile se lo Stato di esecuzione prevede particolari tipi di limitazione della responsabilità penale dei soggetti coinvolti. In particolare, si vuole, da un lato, evitare che un Paese con una normativa più favorevole in materia di delitti di opinione sia costretto ad eseguire un OEI che potrebbe condurre alla condanna, nello Stato di emissione, per un fatto che non sarebbe nella sostanza penalmente rilevante nel proprio territorio¹⁷²; dall'altro, l'obiettivo è quello di non vanificare l'operatività e le finalità di immunità o privilegi nello Stato di esecuzione.

Per quanto la Direttiva sia consapevole che «non vi è una definizione comune di ciò che costituisce un'immunità o un privilegio nel diritto dell'Unione» e che, di conseguenza, la sua precisa definizione è «lasciata al diritto nazionale» (considerando 20), è opportuno osservare come la perimetrazione delle prime sia certamente più agevole rispetto alle seconde.

In relazione alle immunità, se di più facile individuazione possono essere quelle di diritto internazionale¹⁷³, in quanto vevoli per tutti gli Stati membri dell'Unione europea, più complessa è l'esatta identificazione di quelle di diritto pubblico interno¹⁷⁴, in quanto differenti da Paese a Paese. In Italia, per esempio, le immunità trovano la loro base in fonti di rango diverso, dalla Costituzione alla legge ordinaria, e ne sono destinatari (in forma più o meno ampia) il Presidente della Repubblica (art. 90 Cost.), i parlamentari (art. 68 Cost.), i consiglieri regionali (art. 122 Cost.), i giudici della Corte costituzionale (art. 3 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1), i membri del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 5 l. 3 gennaio 1981, n. 1). In ogni caso, nonostante le difficoltà dogmatiche che si possono incontrare nell'individuare i destinatari delle immunità, non si può non osservare come dal lato pratico le stesse

¹⁷² Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 237, tale disposizione «sembrerebbe lasciare intendere che la constatazione delle notevoli differenze esistenti fra gli Stati membri [...] imponga un ricorso limitato all'assistenza giudiziaria, anche perché ci si riferisce a una vera e propria "cartina di tornasole" dei sistemi politici continentali che potrebbe generare attriti in merito a possibili reati commessi dalla stampa estera nei confronti di autorità del Paese procedente».

¹⁷³ In particolare, godono di immunità personale i diplomatici, Capi di Stato e Governo (ivi compreso il Sommo Pontefice) e i Ministri degli affari esteri (S.M. CARBONE ET AL., *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, 2016, p. 217). Godono, inoltre, di immunità funzionale «gli individui-organi (di qualunque grado e/o livello) che operano nell'esercizio delle mansioni loro affidate da uno Stato estero» (S.M. CARBONE ET AL., *Istituzioni*, op. cit., p. 207), tra i quali rientrano i parlamentari dell'UE (art. 343 TFUE).

¹⁷⁴ Sul tema della immunità di diritto pubblico interno v. *amplius* C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2013, pp. 184 ss.

giochino un ruolo secondario, atteso che sono «*rarely put forward as grounds for refusing*»¹⁷⁵ e sono «*very exceptional*»¹⁷⁶.

Per contro, i privilegi costituiscono una nozione ancor più vaga di quella di immunità e non trovano un preciso corrispettivo né nel diritto dell'Unione, né nelle discipline interne (o quantomeno in quella italiana). Il considerando 20 cerca comunque di dettare alcuni criteri orientativi per l'interprete, precisando che la nozione di privilegio ricomprende «la protezione che si applica alle professioni mediche e legali». Mediante una tecnica esemplificativa, il legislatore europeo ha in qualche modo indirizzato l'opera ermeneutica, in quanto può estensivamente ritenersi che rientrino nel raggio applicativo della disposizione tutte le ipotesi di segreto professionale (es. art. 200 c.p.p.) e d'ufficio (es. art. 201 c.p.p.) previste dalle legislazioni nazionali. Benché non espressamente previsto, poi, si può ricondurre alla nozione di privilegio tanto il diritto a non autoincriminarsi, quanto il diritto per i prossimi congiunti di non testimoniare contro un membro della propria famiglia (es. art. 199 c.p.p.), nonché il diritto degli operatori di polizia giudiziaria di non rivelare la fonte delle informazioni (es. art. 203 c.p.p.).

Quid iuris, però, in merito alla concreta applicazione dei privilegi in quegli Stati in cui non sono obbligatori ma solo facoltativi? Per esempio, in Italia un prossimo congiunto potrebbe voler testimoniare contro un membro della propria famiglia, così come un professionista o un sacerdote potrebbero ritenere di violare il segreto loro imposto (pur esponendosi ad eventuali ripercussioni disciplinari e penali). Il diritto di testimoniare e il motivo di rifiuto basati sui privilegi entrano allora in frizione tra loro e la relativa risoluzione non è di agevole definizione, in quanto l'opposizione del secondo farebbe venir meno il primo. Pare allora non peregrino sostenere che lo Stato richiesto sia sempre tenuto a riconoscere l'ordine e, solo successivamente, sia titolato a non eseguire l'OEI nel caso in cui il testimone si avvallesse del diritto concessogli di non rendere dichiarazioni: (non) riconoscimento e (non) esecuzione, infatti, sono posti dalla Direttiva su due binari alternativi e ben vi può essere una decisione di riconoscimento seguita da una sua mancata esecuzione.

Infine, vi è ancora da segnalare che l'art. 11, par. 5, Direttiva 2014/41/UE si preoccupa di disciplinare quelle situazioni in cui un privilegio o un'immunità (deve ritenersi funzionale e non personale) possono essere revocati, sempre tenendo in considerazione che l'autorità

¹⁷⁵ L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation of Tax Offences in the EU: Scope of Application and Grounds for Refusal of the European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2017, p. 60.

¹⁷⁶ L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 83.

di esecuzione potrebbe astrattamente (per quanto possa trattarsi di un caso quasi di scuola) comunque dar seguito all'OEI ricevuto anche in assenza di una revoca, essendo tutti i motivi di rifiuto meramente facoltativi. Se la caducazione dell'immunità o del privilegio è di competenza dello Stato di esecuzione, l'autorità richiesta la domanderà «prontamente» all'autorità deputata a tale scopo (per esempio, in Italia il pubblico ministero, per eseguire una perquisizione nei confronti di un parlamentare, chiederà l'autorizzazione della Camera di appartenenza *ex art. 68 Cost.*). Al contrario, se la revoca dell'immunità o del privilegio spettano «ad un autorità di un altro Stato o di un'organizzazione internazionale», sarà lo Stato di emissione a doverne fare «richiesta all'autorità interessata». Così, se l'autorità italiana volesse intercettare un parlamentare italiano che si trova in territorio lettone, sarebbe essa stessa a dover chiedere alla Camera di appartenenza l'autorizzazione a procedere, in applicazione tanto dell'art. 11, par. 5, quanto del principio di equivalenza. Analogamente si dovrebbe procedere se l'autorità belga volesse perquisire un parlamentare olandese in Lussemburgo, qualora in quest'ultimo Stato fosse richiesta l'autorizzazione a procedere.

10.2. La lesione degli interessi essenziali di sicurezza nazionale, la messa in pericolo della fonte delle informazioni e l'utilizzo di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence

Il motivo in esame, non previsto né dalla DQ 2002/584/GAI¹⁷⁷ né dal Regolamento 2018/1805/UE, è quello che più richiama il precedente sistema mutuo-assistenziale, in quanto riconducibile all'art. 2, lett. b), Convenzione di Strasburgo del 1959. Quest'ultima, infatti, consente di rifiutare una rogatoria «se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo paese», mentre ai sensi dell'art. 11, par. 2, lett. b), Direttiva 2014/41/UE, l'autorità di esecuzione può non riconoscere o non eseguire un OEI qualora «in un caso specifico, l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di *intelligence* specifiche». Si può allora notare un certo parallelismo tra le due disposizioni, entrambe finalizzate a tutelare il c.d. *ordre public*, in quanto «nel limitare la sovranità statale, non ci si pote[va] spingere sino a imporre la rivelazione del contenuto

¹⁷⁷ Vi è chi ha affermato che «*this provision of the Directive is also a reaction to the ambiguities of the Framework Decision on the European arrest warrant, which did not provide for such a reservation*» (D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 73).

dell'attività di *intelligence* dei Paesi membri»¹⁷⁸.

Per quanto riguarda più da vicino la normativa europea, l'incipit della stessa sembra voler circoscrivere l'ambito operativo del motivo di rifiuto: la citata lesione degli interessi statuali deve poter avvenire «in un caso specifico», così che non ogni astratta lesione, disancorata dal caso di specie, può comportare l'opposizione del motivo *de quo*. Inoltre, la formulazione letterale della norma è disegnata per abbracciare una potenziale serie indeterminata di casi-stiche, ma pare potersi sostenere che le principali applicazioni saranno finalizzate all'opposizione del segreto di Stato, tanto per le testimonianze quanto per le acquisizioni documentali.

10.3. L'OEI per procedimenti non ammessi in un caso interno analogo

La lett. c) dell'art. 11 consente di rifiutare un OEI qualora questo «sia stato emesso nel quadro dei procedimenti di cui all'articolo 4, lettere b) e c), e l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo».

La disposizione in esame, verosimilmente ideata per consentire allo Stato di esecuzione di rispettare la propria disciplina interna, anche quando non sono richiesti atti contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento, può trovare applicazione esclusivamente per OEI emessi nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario non penale che può sfociare in un procedimento penale; e sempre che l'atto richiesto non sia ammesso in un caso interno analogo nello Stato di esecuzione. Pertanto, se nell'ambito di un procedimento amministrativo dello Stato A possono essere disposte delle perquisizioni, mentre le stesse sono precluse nello Stato B, quest'ultimo potrà opporre il motivo di rifiuto in esame. Al contrario, se anche lo Stato di esecuzione le prevede, l'autorità richiesta sarà obbligata a dar seguito all'ordine ricevuto.

10.4. Il *ne bis in idem*

La contrarietà al principio del *ne bis in idem* è una costante dei principali strumenti di mutuo riconoscimento¹⁷⁹, anche se si può ritenere che una sua assenza non avrebbe comportato, per la Direttiva 2014/41/UE, alcun cambiamento sostanziale. Invero, l'art. 11, par.

¹⁷⁸ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 237.

¹⁷⁹ V. artt. 8 e 19 regolamento 2018/1805/UE; artt. 3 e 4 DQ 2002/584/GAI. Secondo M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne*, op. cit., p. 897, «il s'agit d'une notion ancienne et largement consacrée dans de nombreux instruments internationaux».

1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE permette di rifiutare un OEI nel caso in cui vi siano seri dubbi per ritenere che la sua esecuzione possa comportare una violazione di un diritto fondamentale garantito dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza; e quest'ultima, all'art. 50, espresamente prevede il «diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» e sancisce che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»¹⁸⁰. In altre parole, il *ne bis in idem* «does not only ban a double punishment, but also grants protection against a second prosecution»¹⁸¹.

La Corte di Giustizia è già stata chiamata più volte a pronunciarsi, anche nel suo massimo consenso, sull'esatta estensione del perimetro della nozione di stesso fatto, precisando che si tratta di una «nozione autonoma»¹⁸² del diritto dell'Unione. Senza scendere nel dettaglio del concetto, sul quale numerosa dottrina si è già soffermata¹⁸³, si deve evidenziare che il

¹⁸⁰ Con la precisazione che «una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente, salvo riapertura o annullamento, il procedimento di istruzione condotto nei confronti di una persona, senza che siano state irrogate sanzioni, non può essere considerata una decisione definitiva [...], qualora dalla motivazione di tale decisione risulti che il suddetto procedimento è stato chiuso senza che sia stata condotta un'istruzione approfondita, laddove la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio dell'assenza di un'istruzione siffatta» (C.G.U.E, Grande Sezione, 29 giugno 2016, *Piotr Kossowski*, C-496/14).

¹⁸¹ L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation*, op. cit., p. 61.

¹⁸² C.G.U.E, Grande Sezione, 16 novembre 2010, *Gaetano Mantello*, C-261/09, §38.

¹⁸³ Sul tema v. *ex multis* E. APRILE, *Il divieto di bis in idem e la compatibilità con il sistema del "doppio binario sanzionatorio" in una illuminante sentenza della corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2018, pp. 1940 ss.; F. PEPE, *La corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 530 ss.; R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Rivista AIC*, 2016, 2; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 maggio 2016, §5; F. VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 ottobre 2016; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurolunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, pp. 949 ss.; A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, pp. 286 ss.; G. ANGIOLINI, *Una questione ancora irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 4, pp. 2127 ss. P.I. D'ANDREA, *Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali. Nota a CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15, Luca Menci*, in *Riv. AIC*, 2018, 2.; P. PAULESU, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, pp. 653 ss.; G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 469 ss.; L. DEAGLIO, *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, pp. 1438 ss.; P. COSTANZO-L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *www.giurcost.org*, 2015, 3, pp. 860 ss.; B. LAVARINI, *Il ne bis in idem convenzionale e "doppio binario" sanzionatorio: il problema del "doppio giudicato"*, in *Leg. pen.*, 15 marzo 2016; O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. tributaria*, 2015, p. 1033; H. SATZGER, *Application Problems*

contenuto minimo del *ne bis in idem* sostanziale è costituito dalla «sola identità dei fatti materiali, ricomprensivo un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei fatti medesimi o dall'interesse giuridico tutelato»¹⁸⁴. In altre parole, per medesimezza del fatto si deve intendere la condotta, il nesso causale e l'evento in senso naturalistico del termine.

La questione diventa più complessa quando la stessa condotta è punita congiuntamente tanto con una sanzione penale quanto con una sanzione amministrativa. Se quest'ultima è formalmente e sostanzialmente tale, per la Corte di Giustizia non vi sono motivi ostativi a un cumulo di sanzioni¹⁸⁵. Al contrario, se la sanzione amministrativa riveste i panni di una sanzione penale mascherata (secondo i c.d. criteri *Engel*), una loro eventuale applicazione congiunta è ammissibile solo se la sanzione già irrogata, «tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva»¹⁸⁶. Più nel dettaglio, la Corte ha richiesto che i due procedimenti siano volti a tutelare un «obiettivo di interesse generale [...] e dette sanzioni devono avere scopi complementari»; vi deve essere una «coordinazione» dei procedimenti «che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti»; infine, è necessario garantire «che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti»¹⁸⁷.

Il principio del *ne bis in idem* è stato sin qui letto sotto un angolo visuale sostanziale, ossia finalizzato ad evitare un'illegittima duplicazione di sanzioni, atteso che lo spirito della Direttiva sembra tenere in considerazione esclusivamente tale fattore. Il considerando 17,

Relating to "Ne bis in idem" as Guaranteed under Art. 50 CFR/Art. 54 CISA and Art. 4 Prot. No. 7 ECHR, in *European Criminal Law Review*, 2020, 3, pp. 213 ss.

¹⁸⁴ C.G.U.E, Grande Sezione, 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, §39.

¹⁸⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.

¹⁸⁶ C.G.U.E, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16.

¹⁸⁷ C.G.U.E, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15. Per completezza, sul *ne bis in idem* e le persone giuridiche v..G.U.E, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bpost*, C-117/20, secondo cui «l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, quando, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva all'esito di un procedimento relativo a un'infrazione a una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato, a condizione che esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni così come il coordinamento tra le due autorità competenti, che i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e che l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse».

infatti, precisa che il motivo di rifiuto basato sulla violazione di un divieto di secondo giudizio non può operare se il procedimento nello Stato di emissione è volto ad accertarne la sua presenza, ovvero se lo stesso garantisce che «le prove trasferite a seguito dell'esecuzione dell'OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti». È proprio il riferimento alla conclusione definitiva del procedimento in altro Stato che apparentemente sembra precludere l'operatività del requisito della *sufficiently close connection in time* richiesto dalla Corte EDU, alla cui giurisprudenza la Corte di Giustizia è chiamata a uniformarsi in applicazione dell'art. 52 Carta di Nizza. In particolare, con il *leading case A e B c. Norvegia*¹⁸⁸, i giudici Strasburgo hanno richiesto che vi sia una connessione temporale tra il procedimento penale e quello amministrativo sostanzialmente penale, con la conseguenza che più questa è debole, maggiore dovrà essere lo sforzo dello Stato per giustificare i ritardi nella definizione della vicenda¹⁸⁹. In ogni caso, se pur la sentenza *AeB c. Norvegia* non si sia spinta fino a richiedere che i due procedimenti siano svolti parallelamente, i successivi arresti che alla stessa si sono allineati ne hanno implicitamente richiesto la presenza. È, infatti, stata riscontrata una violazione del *ne bis in idem* per vicende processuali dipanatesi per nove anni con uno svolgimento parallelo di poco più di un anno¹⁹⁰; sei anni e quattro mesi sovrapposti per soli undici mesi¹⁹¹; quattro anni e dieci mesi, di cui solo cinque mesi simultanei¹⁹²; due anni¹⁹³ e tre anni e sette mesi¹⁹⁴ senza mai ottenere una trattazione congiunta. Considerando che il citato art. 52, par. 3, Carta di Nizza stabilisce che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione», si può ritenere che il requisito della connessione temporale debba in ogni caso operare, anche se non previsto dalla Direttiva. Invero, la Corte di Giustizia, nell'interpretazione dell'art. 11, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE, dovrà necessariamente fare riferimento all'art. 50 Carta di Nizza, il quale a sua volta deve essere letto in combinato disposto con la giurisprudenza di

¹⁸⁸ C. EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *AeB c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11.

¹⁸⁹ C. EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *AeB c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, §134-

¹⁹⁰ C. EDU, Sez. I, 18 maggio 2017, *Jóhannesson c. Islanda*, ric. n. 22007/11.

¹⁹¹ C. EDU, Sez. III, 31 agosto 2021, *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, ric. n. 12951/18.

¹⁹² C. EDU, Sez. II, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, ric. n. 72098/14.

¹⁹³ C. EDU, Grande Camera, 08 luglio 2019, *Mihalace c. Romania*, ric. n. 54012/10.

¹⁹⁴ C. EDU, Sez. II, 12 febbraio 2019, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14.

Strasburgo, la quale impone che due procedimenti si svolgano in sostanziale contemporaneità: se vi è contestualità, non vi è la violazione del divieto di un secondo giudizio.

In conclusione, dunque, si può ritenere che il motivo di rifiuto *de quo* possa operare sia qualora un procedimento penale sia già stato definito, sia nel caso in cui la duplicazione procedimentale avvenga con tempistiche che non ne consentono una trattazione quasi congiunta. Il tutto con un limite pratico di non secondo momento: le modalità di accertamento del *ne bis in idem* nel caso concreto. L'autorità di esecuzione, infatti, ha a disposizione solamente l'allegato A trasmesso dall'autorità di emissione e, di conseguenza, riuscire ad individuare l'effettiva sussistenza di un precedente, ovvero un altro procedimento pendente, avente ad oggetto il medesimo fatto è un'impresa estremamente ardua, se non addirittura quasi impossibile se la sanzione ha natura sostanzialmente penale e discende da un procedimento amministrativo. L'unico soggetto che può eccepire la sussistenza del motivo in esame è la difesa dell'indagato/imputato, che non può non essere a conoscenza di un procedimento (sostanzialmente) penale condotto nei propri confronti. Tuttavia, la difesa potrà eccepire – eventualmente in sede di impugnazione – la sussistenza del *ne bis in idem*, ma nei soli in casi in cui possa materialmente venire a conoscenza dell'indagine svolta nei suoi confronti. In tutti gli altri casi, ossia qualora gli atti da eseguire non siano “garantiti”, anche la difesa non potrà fornire tempestivamente il proprio apporto conoscitivo. In altre parole, è possibile immaginare che il motivo in esame sarà opponibile in un numero estremamente limitato di circostanze¹⁹⁵.

10.5. Il principio di territorialità e il principio di doppia incriminazione

Uno dei grandi problemi della cooperazione giudiziaria intra-UE è dato dalle numerose lingue parlate in Europa, con i conseguenti spesso macroscopici errori di traduzione. La versione italiana dell'art. 11, par. 1, lett. e), Direttiva 2014/41/UE prevede infatti che un OEI possa essere rifiutato qualora «si riferisca a un reato che si presume commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di emissione». Si può notare come la norma, così come formulata, è del tutto priva di significato: se una condotta non costituisce reato nello Stato di emissione, per quale motivo dovrebbe essere emesso un OEI? E che senso avrebbe fare riferimento a un reato commesso

¹⁹⁵ V. *amplius* L. BACHMAIER WINTER, *Cross-border Investigation*, op. cit., pp. 62 ss.

al di fuori dello Stato di emissione e interamente o parzialmente in quello di esecuzione, se poi si prende come parametro di riferimento per valutare l'incriminabilità della condotta proprio il Paese richiedente e non quello richiesto? È allora evidentemente imprescindibile una lettura ortopedica della norma in esame, che prevede la sostituzione della locuzione finale «Stato di emissione» con «Stato di esecuzione», in linea con quanto previsto dalle versioni inglese («*executing State*»), francese («*État d'exécution*»), spagnola («*Estado de ejecución*»), portoghese («*Estado de execução*») e tedesca («*Vollstreckungsstaat*»).

In tal modo, si torna ad avere una disposizione “sensata”, in relazione alla quale si deve osservare come la *ratio* principale sia radicata in una visione “classica” della cooperazione giudiziaria: la tutela dei propri confini e della sovranità nazionale. È infatti evidente come la norma voglia preservare lo *ius puniendi* dello Stato di esecuzione nel momento in cui un reato perseguito nello Stato di emissione sia privo di collegamenti territoriali con quest'ultimo, ma ne abbia almeno uno parziale con il primo¹⁹⁶. Così statuendo, però, il legislatore europeo sembra contraddire «l'idea stessa dello “spazio giudiziario europeo, inteso quale unità territoriale ove opera il diritto dell'UE, e che sembra negare la dimensione sempre più spesso transnazionale assunta dai fenomeni criminali»¹⁹⁷.

Strettamente legato al motivo di rifiuto appena esaminato è quello – parimenti “classico” e nella pratica «*the most frequent*»¹⁹⁸ – della violazione del principio della doppia incriminazione che, secondo taluni, affonda le radici nel principio di reciprocità¹⁹⁹. Il ricorso alla doppia incriminazione consente di non riconoscere un OEI qualora la condotta per la quale è stato emesso «non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione», fatte salve comunque tre eccezioni²⁰⁰ che rappresentano «*l'innovation des instruments de*

¹⁹⁶ L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 86 sintetizza chiaramente le condizioni al ricorrere delle quali il motivo di rifiuto in esame può operare: «*four conditions have to be met to apply this ground of non-execution of the EIO: 1) the EIO relates to a criminal offence which is alleged to have been committed exclusively outside the territory of the issuing State; 2) the offence has been committed wholly or partially in the territory of the executing State; 3) the EIO requests a coercive measure; and 4) the conduct the EIO refers to is not an offence in the executing State*».

¹⁹⁷ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, op. cit., p. 685. Analogamente A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 2, p. 167.

¹⁹⁸ Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 32. Lo stesso report evidenzia anche come in taluni casi il problema legato alla doppia incriminabilità era dovuto a una descrizione della condotta non sufficientemente precisa.

¹⁹⁹ A. LEONHARDT, *Die Europäische*, op. cit., p. 67.

²⁰⁰ Vi è chi parla di «soluzione di compromesso»: M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 2201.

reconnaissance mutuelle»²⁰¹. La prima riguarda l'ormai tradizionale elenco di 32 reati di lista positiva elencati nell'allegato D, la cui disciplina – come visto – è stata oggetto di armonizzazione, se puniti nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva pari ad almeno tre anni nel massimo. La seconda pone un divieto al rifiuto per i reati tributari e doganali «a motivo del fatto che il diritto nazionale dello Stato di esecuzione non impone lo stesso tipo di tasse o imposte o non prevede lo stesso tipo di Regolamento in materia di tasse, imposte, dogana e di cambio del diritto dello Stato di emissione» (art. 11, par. 3); e ciò al fine di evitare che le variegate normative fiscali degli Stati membri possano essere di ostacolo alla cooperazione giudiziaria e al mutuo riconoscimento. Infine, il principio della doppia incriminazione non può operare per quelle cinque tipologie di atti richiamate dall'art. 10, par. 2, che devono essere sempre presenti in ogni ordinamento, così che qualora nello Stato di esecuzione non sia punita a titolo di reato una determinata condotta, l'obbligo di dare seguito all'OEI scatta comunque (art. 11, par. 2).

Da una lettura combinata dei due principi (di territorialità e di doppia incriminazione) possono essere posti in luce alcuni aspetti. Innanzitutto, si deve sempre tenere in considerazione che in relazione al principio di territorialità la condotta non è stata posta in essere nemmeno parzialmente nel territorio dello Stato di emissione, bensì in parte o totalmente in quello dello Stato di esecuzione. Al contrario, il principio della doppia incriminazione presuppone che il reato sia stato commesso quantomeno parzialmente nello Stato di emissione, a prescindere da eventuali collegamenti con il territorio dello Stato di esecuzione. Da queste sostanziali differenze e dalla struttura dell'art. 11 consegue che la deroga alla doppia incriminazione per i 32 reati di cui all'allegato D non può trovare applicazione per eventuali violazioni del principio di territorialità, atteso che non vi è alcun riferimento agli stessi nell'art. 11, par. 1, lett. e), Direttiva 2014/41/UE²⁰². Analogamente sembrerebbe che possa essere rifiutato un OEI sulla base del principio di territorialità anche per le cinque tipologie di atti di indagine previsti dall'art. 10, par. 2, in quanto l'art. 11, par. 2, non richiama espressamente tale ultima norma.

In conclusione, vi è ancora da comprendere l'esatta delimitazione del concetto di condotta che non costituisce reato nello Stato di esecuzione, locuzione utilizzata tanto dal motivo di rifiuto basato sulla territorialità quanto da quello fondato sulla doppia

²⁰¹ M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne*, op. cit., p. 888.

²⁰² M. GIACOMETTI-S. NEVEU, *La décision d'enquête européenne*, op. cit., p. 890.

incriminazione. Ci si è chiesti, più nello specifico, se si debba fare riferimento alla qualificazione giuridica del fatto e al bene giuridico tutelato (*i.e.* una valutazione in astratto), oppure se sia necessario considerare più genericamente se una determinata condotta costituisca in ogni caso reato nello Stato di esecuzione (*i.e.* una valutazione in concreto). A tal proposito, la Corte di Giustizia ha avuto modo di esprimersi in ben due occasioni in relazione alla DQ 2002/584/GAI²⁰³ e alla DQ 2008/909/GAI²⁰⁴, i cui principi sono possono sovrapporsi anche alla materia dell'OEI. È stato infatti evidenziato dai giudici del Lussemburgo che richiedere un'esatta corrispondenza astratta tra gli elementi costitutivi del reato nei due Stati coinvolti «pregiudicherebbe l'effettività della procedura»²⁰⁵ e che «una siffatta corrispondenza esatta può non sussistere per un gran numero di reati»²⁰⁶; pertanto, vi deve essere una valutazione orientata in concreto a ricondurre gli elementi di fatto a un determinato reato nello Stato di esecuzione²⁰⁷, a prescindere dalla qualificazione giuridica e dalla violazione del (medesimo) bene giuridico tutelato²⁰⁸.

Sebbene entrambe le decisioni quadro citate che sono state oggetto di pronuncia pregiudiziale, a differenza della Direttiva, espressamente prevedessero che la doppia incriminazione possa operare «indipendentemente» dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica del reato, non si vedono motivi per i quali gli stessi non possano essere estesi anche all'OEI²⁰⁹. Invero, se per giurisprudenza sovranazionale costante non si deve far riferimento esclusivamente alla lettera della norma, bensì anche al suo contesto, nel caso di specie il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca impongono di procedere in tal senso.

10.6. Limitazioni all'esecuzione dell'atto di indagine a una certa categoria di reati

Un ulteriore retaggio del passato sistema mutuo-assistenziale è dato dall'art. 11, par. 1, lett. h), il quale facoltizza il rifiuto di un ordine qualora «il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia, fra cui non figura il reato oggetto

²⁰³ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C-168/21.

²⁰⁴ C.G.U.E, Sez. V, 11 gennaio 2017, *Grundza*, C-289/15.

²⁰⁵ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C-168/21, §45.

²⁰⁶ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C-168/21, §46.

²⁰⁷ C.G.U.E, Sez. V, 11 gennaio 2017, *Grundza*, C-289/15, §37.

²⁰⁸ C.G.U.E, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C-168/21, §50.

²⁰⁹ Vi è chi ha evidenziato che «nell'attuazione della Direttiva [...] emerge una situazione per certi versi opposta rispetto a quella del mandato di arresto europeo»: F. MAZZACUVA, *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, p. 140.

dell'OEI». Un retaggio, tuttavia, in parte mitigato dal successivo paragrafo 2 che impone di eseguire in ogni caso quanto richiesto se l'ordine ha ad oggetto una delle cinque tipologie di atti di indagine che la normativa ha cercato (senza risultati impeccabili) di armonizzare.

10.7. *La violazione dei diritti fondamentali*

A differenza della maggior parte degli altri motivi di rifiuto, che focalizzano l'attenzione principalmente sulla tutela della sovranità statale, quello legato alla violazione dei diritti fondamentali è il cardine della tutela del cittadino²¹⁰, ed è stato introdotto normativamente nello scenario europeo per la prima volta dalla Direttiva (sulla scia di quella che era stata l'evoluzione giurisprudenziale in tema di MAE)²¹¹. La previsione sembra dare piena attuazione alla petizione di principio del considerando 39, il quale stabilisce che «la presente Direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 TUE e dalla Carta, in particolare al titolo VI»; del considerando 12 che ricorda come «la presunzione di innocenza e i diritti della difesa nei procedimenti penali s[iano] i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta nel settore della giustizia penale»; del considerando 18, per il quale «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali, sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE) e i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, non è modificato per effetto della presente Direttiva»; nonché del considerando 19, secondo cui, nonostante vi sia (o comunque vi debba essere) un clima di fiducia reciproca in merito alla presunzione relativa del rispetto del diritto dell'UE, «se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai i suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata».

²¹⁰ Come visto nel Capitolo II, il motivo di rifiuto basato sulla violazione dei diritti fondamentali non era presente negli strumenti di mutuo riconoscimento precedenti all'entrata in vigore della Direttiva 2014/41/UE. In particolare, sotto l'egida del MAE, non essendovi una previsione espressa, il non riconoscimento di un mandato di arresto perché contrastante con i diritti fondamentali era stato introdotto grazie a un'interpretazione estensiva della Corte di Giustizia.

Successivamente, anche il regolamento 2018/1805/UE ha previsto che un ordine di congelamento o di confisca possa essere rifiutato se «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa» (art. 8, par. 1, lett. f) e art. 19, par. 1, lett. h), regolamento 2018/1805/UE).

²¹¹ Il motivo di rifiuto *de quo*, a novembre 2020, non sembra essere mai stato opposto: Eurojust, *Report on Eurojust's casework*, op. cit., p. 32.

L'esecuzione di un OEI *dovrebbe* essere rifiutata. Ecco che il considerando 19 sembra sensibilizzare gli Stati a opporre il motivo di non riconoscimento in esame in maniera pressoché obbligatoria, nonostante la lettera dell'art. 11, par. 1, lett. f), lo preveda come facoltativo: «l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora [...] sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Si deve allora ritenere che non si è presenza di un motivo di rifiuto normativamente obbligatorio, in quanto il considerando non ha un effetto precettivo proprio, ma che lo stesso gioca comunque un ruolo fondamentale nell'indirizzare il giudice nel proprio compito: “nel dubbio, meglio rifiutare”. Si badi bene, però, che non ogni violazione può assurgere a motivo di rifiuto, bensì solo una violazione che sia di una gravità tale da far venire meno il nucleo essenziale del diritto²¹², con l'ulteriore precisazione che tale violazione non deve essere necessariamente provata, in quanto sono sufficienti «seri motivi per ritenere» che la stessa sia presente²¹³.

Come visto, i diritti richiamati dall'art. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE sono quelli previsti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. Il citato art. 6 racchiude al suo interno quelli sanciti dalla Carta di Nizza e al paragrafo 3 stabilisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Il riferimento circolare alla CEDU, inoltre, è espressamente previsto anche dall'art. 52 Carta di Nizza, così che deve ritenersi che un giudice nazionale possa ravvisare «seri motivi» (non quindi meri sospetti o motivi che non raggiungano la soglia della gravità) per ritenere che vi sia una violazione dei citati diritti fondamentali in tre situazioni: quando l'atto di indagine è contrario ai diritti stabiliti dalla Carta di Nizza; quando l'atto di indagine è contrario ai diritti salvaguardati dalla CEDU, quanto l'atto di indagine è contrario alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

In relazione a un possibile *infringement* dei diritti iscritti nella Carta e nella CEDU l'opera ermeneutica è più agevole, in quanto il giudice del merito può fare riferimento alle

²¹² In dottrina si è evidenziato che il motivo di rifiuto dovrebbe essere utilizzato in modo restrittivo e applicato solo in caso di presunzione giustificata di una grave violazione dei diritti fondamentali: L. UNGER, *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Angewählte Problemstellungen*, in Urban (Hrsg), 2021, p. 41. V. anche P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione*, op. cit., pp. 1290 ss.

²¹³ L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition*, op. cit., p. 54.

disposizioni ivi contenute, così come interpretate dalle rispettive Alte Corti (in particolare quella EDU). Più difficoltoso, invece, è il compito di stabilire quali possano essere i principi costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto manca una fonte normativa che li racchiuda in un unico testo²¹⁴. È verosimile però ritenere che questi ultimi siano in larga parte sovrapponibili a quelli sanciti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, in quanto rappresentanti i valori comuni minimi degli Stati appartenenti all'Europa (piccola e grande).

Astrattamente, dunque, tutti i diritti sanciti dalle citate fonti possono essere posto alla base di un eventuale rifiuto di un OEI. Nella giurisprudenza lussemburghese evolutasi negli ultimi anni – principalmente in tema di MAE, i cui principi sono estensibili alla Direttiva 2014/41/UE – si è tuttavia assistito all'utilizzo del motivo di non riconoscimento in esame solamente per tre diritti fondamentali: il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, con specifico *focus* sulle condizioni di detenzione (art. 4 Carta di Nizza – art. 3 CEDU)²¹⁵; il diritto a un equo processo, con particolare riferimento alla mancanza di indipendenza della magistratura (art. 47 Carta di Nizza – art. 6 CEDU)²¹⁶; il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 Carta di Nizza – art. 13 CEDU)²¹⁷, per il cui rispetto, come si vedrà più approfonditamente nel Capitolo V, la Corte di Giustizia sembra avere (inspiegabilmente e inopportuno) richiesto che ogni atto di indagine, ivi comprese le testimonianze, possa essere oggetto di un ricorso nello Stato di emissione²¹⁸.

10.8. (segue) Il principio di proporzionalità quale motivo di rifiuto aggiuntivo?

L'elencazione dei motivi di rifiuto, nella Direttiva come in tutti gli altri strumenti di mutuo riconoscimento, è concepita «come un'eccezione che deve essere interpretata restrittivamente»²¹⁹ e, di conseguenza, ha natura tassativa. Ma il principio di proporzionalità che

²¹⁴ Vi è, infatti, chi ha ritenuto che la Direttiva «*should have included more detailed regulation of the grounds of Art. 11*»:

F. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, *Orden europea de investigación ¿adiós a las comisiones rogatorias*, in C. ARANGÜENA FANEGO (a cura di), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares, 2011, pp. 201 s.; in senso analogo R. GARCIMARTÍN MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 47.

²¹⁵ C.G.U.E, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/18; C.G.U.E, Sez. I, 25 luglio 2018, *M.L. (Generalstaatsanwaltschaft Bremen)*, C-220/18; C.G.U.E, Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-695/15.

²¹⁶ C.G.U.E, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, *L. e P.*, C-354/20 e C-412/20; C.G.U.E, Grande Sezione, 25 luglio 2018, *L.M.*, C-216/18.

²¹⁷ C.G.U.E, Sez. I, 12 dicembre 2019, *X.D.*, C-625/19.

²¹⁸ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19.

²¹⁹ C.G.U.E, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584-19, §64.

ruolo ricopre in questo ambito? Si è, infatti, visto come l'art. 6, par. 3, preveda un diritto di consultazione dell'autorità di esecuzione quando ritenga che l'OEI non sia proporzionato, così come si è analizzato il motivo di sostituzione fondato sulla mancanza della proporzionalità (*rectius*: della necessità quale secondo *step* del principio di proporzionalità) di cui all'art. 10, par. 3. Si potrebbe allora ritenere che il principio in esame possa assurgere a un ruolo primario nel rifiuto di un ordine: il combinato disposto delle degli artt. 6, par. 3, e 10, par. 3, potrebbe consentire di non riconoscere un OEI sproporzionato.

Una simile lettura, tuttavia, sconta un insormontabile difetto di fondo: i motivi di rifiuto sono tassativi e non possono essere ricavati da altre disposizioni della Direttiva se non dall'art. 11. Ciò non vuol dire, però, che la proporzionalità non possa essere opposta come motivo di non riconoscimento, sebbene la sua utilizzabilità sia da pesare *cum grano salis* per non venire meno alla fiducia reciproca e al mutuo riconoscimento. Tralasciando tutte le problematiche che possono sorgere in merito alle difficoltà a cui va incontro l'autorità di esecuzione per vagliare il requisito in oggetto (soprattutto in merito al rapporto costi/benefici), in quanto sprovvista degli elementi necessari per poter compiere una valutazione a 360 gradi, vi è da ribadire come l'art. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE richieda il rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. Si è sin qui trattato per semplicità espositiva dei diritti racchiusi nella Carta di Nizza (e nella CEDU), ma la Direttiva richiama gli «obblighi» derivanti dalla stessa e l'art. 52 espressamente stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti possono essere apportate esclusivamente «nel rispetto del principio di proporzionalità» (oltre che di legalità e di necessità). Pertanto, a «*flagrant denial of proportionality*»²²⁰ può impedire l'*enforcement* di un ordine, sulla base del combinato disposto degli artt. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE e 52 Carta di Nizza²²¹. La speranza è comunque quella che sia fatto un uso estremamente parsimonioso del rifiuto

²²⁰ In tal senso M. ŠEPEC ET AL., *National Report Slovenia*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione; M.S. BARATA-A.P. GUIMARÃES-D.S. CASTILHOS, *EIO in Portugal – Legal Analysis and Practical Dilemmas*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione; K. AMBOS-P. RACKOW-A. HEINZE, *The European Investigation Order*, op. cit., in corso di pubblicazione; C. GENSCHEL-L. UNGER-N. KULUNDŽIJA, *National Report Austria*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione.

²²¹ Vi è comunque da tenere in considerazione che un *obiter dictum* di C.G.U.E, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C- 168/21, §28, si presta a una lettura differente, in quanto prevede che «anche se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ritenesse che esistano serie difficoltà in ordine alla proporzionalità del mandato d'arresto europeo, essa non potrebbe rifiutarsi, per tale motivo, di ordinare la consegna della persona ricercata ai fini dell'esecuzione della pena irrogata nello Stato membro emittente».

basato in esame, avendo la Direttiva previsto altri strumenti per fronteggiare eventuali OEI ritenuti sproporzionati, in particolare il diritto di consultazione (art. 6, par. 3) e il ricorso a un atto di indagine alternativo (art. 10, par. 3).

10.9. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione in Italia

La normativa di recepimento italiana in relazione ai motivi di rifiuto, al pari di quella originaria del MAE, si discosta in larga parte dalla disciplina europea.

Innanzitutto, l'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 sembra legare la decisione sul riconoscimento e quella sull'esecuzione, mentre l'art. 11, par. 1, Direttiva 2014/41/UE le poneva su un piano disgiunto (sul riconoscimento o sull'esecuzione): è infatti possibile riconoscere un OEI e poi non eseguirlo (si pensi a un riconoscimento di un atto di indagine che, nelle more, non può più essere eseguito perché il soggetto è divenuto parlamentare, con conseguente operatività della relativa immunità). Un'interpretazione adeguatrice, che legga la "e" come disgiuntiva e non come congiuntiva, pare allora porsi come unica soluzione percorribile in via esegetica (oltre ovviamente a quella legislativa).

In secondo luogo, l'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 ha reso obbligatori i motivi di rifiuto che per la Direttiva sono semplicemente facoltativi. Le autorità italiane, pertanto, al ricorrere dei presupposti dettati dall'art. 10 sono vincolate a non riconoscere o non eseguire l'ordine, anche qualora ritenessero che le esigenze di mutuo riconoscimento prevalgano su quelle del motivo di rifiuto. L'attuale disciplina deve pertanto essere disapplicata, in quanto in aperto contrasto con la normativa sovranazionale²²².

La strada della disapplicazione è stata tentata da illuminate corti di merito (in particolare quella di Napoli), in relazione ai motivi di rifiuto resi obbligatori dall'art. 18 l. 22 aprile 2005, n. 69 (legge di recepimento della DQ 2002/584/GAI sul MAE). La Cassazione, tuttavia, ha, non condivisibilmente, fatto discendere la possibilità di non prevedere motivi di rifiuto facoltativi dal fatto che la DQ 2002/584/GAI «risulta lasciare "spazi" di adattamento ai legislatori nazionali» e che l'art. 4 della stessa «non indica in che termini debba sussistere un margine di discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria richiesta, né quali siano i criteri da seguire nell'esercizio di tale valutazione», con conseguente inapplicabilità diretta delle disposizioni della Decisione Quadro, che sarebbero non sufficientemente precise e

²²² In termini analoghi A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 165.

incondizionate²²³. Senza entrare nel merito di un ragionamento della Corte di cassazione non impeccabile dal punto di vista logico, non si può non notare come la stessa avrebbe quantomeno dovuto sollevare una questione pregiudiziale e chiedere alla Corte di Giustizia un'interpretazione circa la compatibilità del nostro ordinamento con quello europeo. E i giudici del Lussemburgo avrebbero molto probabilmente fornito una risposta negativa, in quanto in una recente sentenza hanno ribadito, in materia di motivi di rifiuto facoltativi del MAE, che «quando optano per il recepimento di uno o più dei motivi di non esecuzione facoltativa previsti dall'articolo 4 della Decisione Quadro, gli Stati membri non possono prevedere che le autorità giudiziarie siano tenute a rifiutare di eseguire qualsiasi mandato d'arresto europeo che rientri formalmente nell'ambito di applicazione di detti motivi, senza possibilità per queste ultime di prendere in considerazione le circostanze proprie di ciascun caso di specie»²²⁴. In altre parole, per la corte sovranazionale uno Stato ben può decidere di non trasporre un motivo di rifiuto facoltativo, ma quando decide di farlo non può imporre un obbligo di non riconoscimento e deve lasciare spazio alla valutazione giudiziale.

Alla luce della giurisprudenza euro-unitaria citata, l'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 deve necessariamente essere oggetto di un intervento riformatore che renda facoltativi gli attuali motivi di rifiuto obbligatori. In caso contrario, saranno le autorità nazionali ad essere gravate del compito di ricucire gli strappi tra la disciplina nazionale e quella unionale, mediante un'interpretazione conforme al diritto europeo ovvero per il tramite di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia²²⁵.

Analizzando più da vicino i motivi di non riconoscimento, si può notare come il decreto legislativo abbia optato per trasporre solo cinque degli otto previsti dalla Direttiva: una scelta del tutto legittima e da salutare favorevolmente, in quanto non fa altro che rafforzare la fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento²²⁶. Tuttavia, non si può non segnalare come, in realtà, l'architettura complessiva del d.lgs. n. 108 del 2017 ne prevede altri due non contemplati dalla Direttiva e che, di conseguenza, devono essere disapplicati. Da un lato, vi è l'art. 9, comma 3, il quale stabilisce che «è motivo di rifiuto del riconoscimento» l'impossibilità di eseguire un atto diverso da quello ordinato perché non previsto dalla legge italiana

²²³ Cass., Sez. VI, 01 febbraio 2018, n. 5548. In senso conforme Cass., Sez. VI, 13 giugno 2018, n. 27992.

²²⁴ C.G.U.E, Sez. V, 29 aprile 2021, X, C-665/20, §44. In precedenza v. C.G.U.E, 29 giugno 2017, *Poplawski*, C-579/15, §21.

²²⁵ Così A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 123.

²²⁶ V. per analogia C.G.U.E, Grande Sezione, 06 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, §§58-59 e C.G.U.E, Sez. V, 29 aprile 2021, X, C-665/20, §§44 ss.

o per il quale non ne ricorrono i presupposti. Dall'atro, si pone l'art. 10, comma 1, lett. a), che impone di non riconoscere o non eseguire un OEI se l'ordine «trasmesso risulta incompleto ovvero le informazioni in esso contenute sono manifestamente erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto»²²⁷. In entrambi i casi, tuttavia, la Direttiva non contempla un motivo di rifiuto, ma si limita a stabilire che l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione dell'impossibilità di eseguire l'ordine (rispettivamente art. 10, par. 5, e art. 16, par. 2, lett. a)²²⁸, Direttiva 2014/41/UE). La differenza tra rifiuto e comunicazione dell'impossibilità del riconoscimento è sostanziale: la prima presuppone un provvedimento, nella forma del decreto motivato; la seconda, invece, richiede semplicemente che l'autorità di esecuzione notizi con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma quella di emissione.

Per quanto riguarda, più da vicino, i «veri» motivi di rifiuto, l'art. 10, par. 1, lett. b), d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che possa essere non riconosciuto un OEI se «la persona nei cui confronti si procede gode di immunità riconosciute dallo Stato italiano che limitano o impediscono l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale», fatta salva la facoltà per il pubblico ministero di rimuovere l'ostacolo domandando l'autorizzazione a procedere (art. 9, comma 4). Si può subito notare come questa norma sia una trasposizione volutamente²²⁹ «limitata» dell'art. 11, par. 1, lett. a), Direttiva 2014/41/UE, in quanto non vi è alcun riferimento ai privilegi²³⁰, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione previsti da quest'ultima disposizione. A titolo esemplificativo, non potrà essere rifiutato un OEI nel caso in cui si debba procedere all'escussione di un prossimo congiunto dell'indagato che avrebbe la facoltà di non rispondere, né tantomeno qualora si voglia procedere all'esame di un soggetto obbligato al segreto professionale, a meno che non si voglia procedere a un'improbabile esegesi estensiva del termine «immunità», ricomprendendo al suo interno non solo quelle

²²⁷ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., edulcoratamente ammette che «il motivo non trova esatta corrispondenza nella Direttiva» e che «occorre però interpretare questo motivo di rifiuto in termini conformi al canone di *primauté communautaire* e allo spirito della Direttiva, limitando la decisione restitutoria ai casi nei quali l'incompletezza o l'inesattezza risultino essenziali e non abbiano avuto successo le interlocuzioni (prescritte in via generale dall'art. 6, comma 2 del decreto) intese all'integrazione, al chiarimento o alla rettifica dell'OEI». V. anche M. Trogu, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1037, secondo cui «si tratta di un motivo di non riconoscimento che la Direttiva 2014/41/UE non contempla espressamente nell'art. 11 [...], ma che è possibile ricavare implicitamente dall'art. 9, par. 1, della Direttiva».

²²⁸ La Relazione illustrativa, op. cit., p. 6, impropriamente lo definisce un motivo di rifiuto.

²²⁹ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit., secondo cui «il rifiuto deve intendersi circoscritto al caso dell'immunità non rimossa, a quella non rimosibile in assoluto [...] o a quella la cui rimozione non compete alle autorità dello Stato di esecuzione».

²³⁰ Vi è chi ritiene che «questa mancanza, tenuto conto peraltro che lo specifico atto rientra tra quelli sempre «disponibili», potrebbe essere colmata mediante il richiamo al rispetto dei principi fondamentali dello Stato dell'esecuzione» (A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 166).

di diritto pubblico interno e di diritto internazionale, bensì anche i privilegi. Non essendovi, poi, nel nostro ordinamento, alcuna norma che sancisca limitazioni alla responsabilità penale relative alla libertà di stampa e di espressione, se non l'art. 51 c.p. quale causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, opportunamente il legislatore italiano non vi ha fatto nessun riferimento. In ogni caso, deve ritenersi che se l'OEI sia manifestamente contrario al diritto alla libertà di espressione e di informazione (art. 11 Carta di Nizza) possa trovare applicazione il motivo di non riconoscimento fondato sulla violazione di un diritto fondamentale (art. 10, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 018 del 2017)²³¹.

Il secondo motivo di rifiuto riguarda un possibile «pregiudizio alla sicurezza nazionale» (art. 10, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 108 del 2017), ma non contempla la potenziale messa in pericolo della fonte delle informazioni o il possibile uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence (art. 11, par. 1, lett. b), Direttiva 2014/41/UE), per quanto queste ultime devono comunque ritenersi rientranti nel più generale concetto di sicurezza nazionale²³². E non è mancato chi ha apprezzato tale tecnica legislativa, sostenendo che “nel meno sta il più”: la stringata formulazione della norma «offre all'autorità italiana un ampio margine di apprezzamento su cosa intendere per “sicurezza nazionale” al fine di rigettare la richiesta estera per incompatibilità con tutto quello che attiene alle strategie preventive e di *intelligence*»²³³. Anche in questo caso, uno degli ostacoli all'operatività del motivo di non riconoscimento in esame potrebbe rinvenirsi nella materiale (non) conoscenza della riconducibilità dell'informazione richiesta a un'operazione di *intelligence*, ma deve ritenere che tale “ignoranza” possa essere supplita dal dovere di comunicazione dell'OEI al ministero della giustizia (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017), il quale, messo a parte di quanto richiesto, può comunicare all'autorità di esecuzione l'esistenza di un segreto di Stato²³⁴.

La lett. d) implementa il rifiuto basato sul *ne bis in idem* (art. 11, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE), stabilendo che si può non riconoscere un OEI se «dalle informazioni trasmesse risulta la violazione del divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, ad un nuovo processo per i medesimi fatti». La norma in esame subordina

²³¹ Così Relazione illustrativa, op. cit., p. 6.

²³² Relazione illustrativa, op. cit., p. 6. Di diverso avviso M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1037 che ritiene che si possa «fare applicazione diretta della Direttiva. Si tratta infatti di una disposizione sufficientemente precisa».

²³³ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 260.

²³⁴ In termini G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 260.

l'operatività del rifiuto basato sul *ne bis in idem* (interno ed europeo) alle «informazioni trasmesse» dall'autorità di emissione, ma deve ritenersi che possa operare anche qualora l'indagato o l'imputato ne abbiano dimostrato la sussistenza, principalmente in sede di opposizione al decreto di riconoscimento.

La lett. e), dal canto suo, traspone quasi letteralmente la lett. f) della Direttiva e concede la possibilità di rifiutare un OEI se «sussistono fondati motivi» per ritenere che la sua esecuzione sia contraria agli obblighi imposti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza.

Anche la lett. f) non si discosta dalla regolamentazione della Direttiva (lett. g) relativamente al principio della doppia incriminazione, precisando che il motivo *de quo* non opera per le cinque tipologie di atti che devono sempre essere previsti in tutti gli Stati membri e per la “solita” lista dei 32 reati.

Rimangono non trasposte, dunque, le lett. c), e) ed h) dell'art. 11 Direttiva 2014/41/UE, che vengono però giustificate dalla Relazione Illustrativa e dalla Circolare del ministero della giustizia sulla base di differenti argomentazioni. In merito alla lettera e) (reato commesso al di fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente in quello dello Stato di esecuzione), «varrà la condizione generale della doppia incriminazione temperata»²³⁵, il che *a contrario* conferma la volontà di non trasporre il motivo di rifiuto e garantire l'obiettivo del mutuo riconoscimento, nel «tentativo di porre un primo tassello nel processo di riconoscimento “automatico” dei provvedimenti esteri»²³⁶; mentre per la lettera h) (sussistenza di limiti categoriali o edittali all'atto di indagine) vi è un contrasto tra la Circolare del ministero della giustizia e la Relazione Illustrativa: per la prima si è preferito non dettare un criterio generale, ma di indicare eventuali restrizioni in relazione ai singoli atti di indagine; per la seconda, invece, la lettera h) della Direttiva sarebbe “accorpata” nella lettera f) (doppia incriminazione) del decreto legislativo²³⁷.

10.10. I motivi di non riconoscimento o non esecuzione nella disciplina degli ordinamenti stranieri

La Francia ha scelto di trasporre tutti i motivi di rifiuto, ma li ha resi obbligatori,

²³⁵ Ministero della Giustizia, Circolare 26 ottobre 2017, op. cit. Di diverso avviso M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 2201, secondo cui «il legislatore delegato ha ritenuto di non rendere rilevante sul piano giuridico che il fatto per cui si procede sia stato commesso, almeno in parte, nel territorio italiano e che, secondo le previsioni interne, esso non sia punibile».

²³⁶ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 263.

²³⁷ Relazione illustrativa, op. cit., p. 7.

ponendosi così non perfettamente in linea con la Direttiva. Due aspetti dell'art. 694-31 CPPF sono ulteriormente degni di nota. Per non riconoscere un OEI sulla base della violazione del principio del *ne bis in idem* è necessario che la pena sia stata scontata, che sia in corso di esecuzione o non sia più possibile eseguirla: in tal modo il legislatore francese ha introdotto un requisito ulteriore, richiesto dall'art. 3 DQ 2002/584/GAI, ma non previsto dalla Direttiva, con conseguente dovere di disapplicazione di quest'ultimo da parte delle autorità transalpine, in quanto in contrasto con la disciplina sovranazionale. In secondo luogo, con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, il richiamo all'art. 6 TUE è sostituito da quello alla CEDU, mentre rimane invariato quello alla Carta di Nizza.

Il Lussemburgo prevede (correttamente) tutti i motivi di rifiuto come facoltativi, sebbene abbia scelto di scindere il non riconoscimento o non esecuzione fondato su immunità o privilegi, da un lato, e quello relativo alle limitazioni alla responsabilità penale riguardante la libertà di stampa e di espressione. Tutti gli altri motivi di rifiuto elencati dall'art. 15 l. 1° agosto 2018 sono, invece, sostanzialmente la traduzione di quelli previsti dalla Direttiva, con le uniche eccezioni della mancata implementazione dell'art. 11, par. 1, lett. c), Direttiva 2014/41/UE e di una procedura specifica per gli OEI che possono nuocere alla sicurezza nazionale, mettere in pericolo la fonte delle informazioni o comportare l'utilizzazione di informazioni di intelligence. In questi ultimi casi, se l'autorità giudiziaria chiamata a riconoscere un OEI "coercitivo" ne ravvisa la sussistenza, l'art. 15, par. 4, l. 1° agosto 2018, impone la trasmissione dell'ordine al *procureur général d'État*, il quale è l'unico soggetto ad avere il potere di opporre un non impugnabile rifiuto (art. 23 l. 1° agosto 2018).

In Spagna l'art. 207 LRMRP, al pari di Italia e Francia, prevede tutti i motivi di rifiuto come obbligatori²³⁸, ma al contempo li traspone in modo quasi letterale, con due sole eccezioni: non è richiamata la violazione del principio del *ne bis in idem* (ma essendo un diritto inscritto nella Carta di Nizza si può fare ricorso al non riconoscimento basato sulla lesione di un diritto fondamentale); si precisa inoltre che per valutare il requisito della doppia incriminazione è necessario fare riferimento al reato indicato nell'allegato A dall'autorità di emissione.

In Portogallo l'art. 22 l. 88/2017 presenta una formulazione letterale molto simile a quella della Direttiva, fatto salvo un diverso ordine dei vari motivi di rifiuto che sono ritenuti

²³⁸ Á TINOCO PASTRANA, *La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordinamiento español*, in *Freedom Security Justice*, 2018, 3, p. 138.

meramente facoltativi.

La Germania sembra riporre un elevato livello di fiducia negli altri Stati membri. L'art. 91e IRG, infatti, prevede un numero di motivi di rifiuto generali facoltativi molto limitato²³⁹, in quanto si limita a disciplinare i casi relativi alla compromissione degli interessi di sicurezza nazionale, alla messa in pericolo delle fonti di informazione e a all'utilizzo di informazioni classificate come attività di intelligence; alla violazione del principio del *ne bis in idem*; nonché alla commissione di un fatto al di fuori dello Stato di emissione e in tutto o in parte nel territorio tedesco, se quest'ultimo non prevede la condotta come reato o come illecito amministrativo.

In conclusione, si può osservare come i legislatori nazionali abbiano adottato strategie di implementazione differenti tra loro: da chi ha optato per una trasposizione totale (Francia e Portogallo) a chi ha introdotto un numero di motivi di rifiuto estremamente limitato (Germania), dimostrando così un differente grado di fiducia reciproca verso gli altri Stati membri dell'Unione europea. Ciò che sorprende è come la metà degli Stati presi in esame (Italia, Francia e Spagna) non abbia minimamente rispettato l'architettura della Direttiva e abbia reso obbligatori tutti i motivi di rifiuto: una scelta inopportuna che dovrebbe essere corretta mediante un intervento dei legislatori nazionali o per il tramite di un'auspicabile disapplicazione in sede operativa.

²³⁹ A questi si affiancano due motivi di rifiuto speciali legati al trasferimento temporaneo di persone detenute e alle investigazioni sotto copertura.

CAPITOLO V

I DIRITTI DI DIFESA: UN ASPETTO SOTTOVALUTATO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’emissione di un ordine su richiesta – 2.1. L’emissione di un ordine su richiesta in Italia – 2.2. L’emissione di un ordine su richiesta all’estero – 3. La *dual defence* – 4. I costi della difesa – 5. Le indagini difensive – 6. I rimedi – 6.1. *Gavanozov II*: dalla Corte di Giustizia è richiesta l’impugnabilità di ogni atto di indagine? – 6.2. Il diritto a un rimedio effettivo: disomogeneità decisorie tra Corte di Giustizia e Corte Europea – 6.3. Legittimati attivi, modalità e tempistiche del ricorso effettivo – 6.4. Conoscenza dell’OEI – 6.5. Sospensione dell’esecuzione, sospensione della trasmissione delle prove e obbligo di “tenere conto” – 6.6. I rimedi in Italia – 6.6.1. I rimedi nella procedura passiva – 6.6.2. I rimedi nella procedura attiva – 6.6.3. La sospensione della trasmissione degli atti – 6.6.4. Le ricadute di *Gavanozov II* nell’ordinamento interno – 6.6.5 *Gavanozov II* e dovere di disapplicazione in Italia – 6.6.6. Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di riconoscimento dell’OEI – 6.7. I rimedi nelle legislazioni straniere e considerazioni conclusive

1. Premessa

Come analizzato nei capitoli precedenti, lo spirito e l’ottica della Direttiva hanno focalizzato l’attenzione prevalentemente sulla fiducia reciproca e sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ma hanno lasciato significative lacune in relazione ad alcuni temi di cruciale rilevanza: il diritto di difesa di indagati e imputati, i diritti della vittima e quelli dei terzi direttamente o indirettamente coinvolti dall’ordine di indagine.

In merito al diritto di difesa, a parte la disposizione che consente ad indagati e imputati di chiedere l’emissione di un OEI (art. 1, par. 3), quella relativa ai mezzi di impugnazione (art. 14) e quella dedicata al rifiuto per violazione dei diritti fondamentali (art. 11, par. 1, lett. f) Direttiva 2014/41/UE), non sono rinvenibili altre esplicite previsioni in materia. Nulla è detto, in particolare, in relazione ai profili della *dual defence*, ai costi della difesa e alla possibilità di svolgere investigazioni difensive all’estero. Ancora più laconica appare poi la regolamentazione dei diritti di vittime e soggetti terzi, quasi che il legislatore europeo abbia inspiegabilmente trascurato il dato della loro possibile presenza – spesso peraltro non secondaria – nel panorama processuale.

Come si avrà modo di evidenziare e analizzare più approfonditamente, il rafforzamento di specifiche garanzie procedurali, quantomeno nei casi con risvolti transazionali, sarebbe imprescindibile per poter garantire appieno la parità delle armi e una maggiore uniformità e coerenza del dettato normativo, nonché per apprestare un livello di tutela minimo equivalente in tutti gli Stati membri¹.

2. L'emissione di un ordine su richiesta

L'art. 1, par. 3, Direttiva 2014/41/UE, che non era previsto nell'originaria proposta di Direttiva, costituisce «un *novum* nell'ambito della storia della cooperazione giudiziaria»² e stabilisce che «l'emissione di un OEI può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». Si tratta di una norma certamente opportuna, perché consente certo un margine di esercizio al diritto di difesa³, ma è una previsione che racchiude tuttavia in sé una sola certezza e solleva numerosi dubbi. La certezza riguarda il novero dei soggetti legittimati a richiedere all'autorità l'emissione di un OEI (indagato, imputato e relativi difensori), nel cui ambito non viene menzionata né la vittima né le altre parti private. Per contro, è controverso se l'autorità di emissione sia obbligata a dar seguito alla richiesta ovvero se le sia attribuita una mera facoltà; se, nel caso in cui non volesse dar corso alla richiesta, l'autorità di emissione sia tenuta ad adottare un provvedimento motivato o possa limitarsi a non rispondere; infine, se vi possa essere un ruolo «sollecitatorio» della vittima.

¹ Sul punto v. E. SELLIER-A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union. A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, in *Study requested by the LIBE committee*, 2018, p. 66, secondo cui «with the multiplication of cooperation mechanisms on transnational investigations, the procedural framework afforded to defendants should be strengthened. Adopting a separate instrument developing robust procedural safeguards for defendants in transnational investigations and instilling more clarity and coherence in the level and conditions of access to a remedy, are necessary steps to redress imbalances between the defence and the prosecution».

² M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2018, 6, p. 2208.

³ Secondo D. DEDIU, *Protection of Fundamental Rights in the Light of the Directive regarding the European Investigation Order*, in *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale*, 2018, p. 301, «to comply with the principle of equality of arms, the Directive introduces the possibility for the issuing of an EIO to be requested by a suspected or accused person, or by a lawyer on his behalf, within the framework of applicable defence rights in conformity with national criminal procedure». Così anche L. BACHMAIER WINTER, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, 2, p. 50, la quale però evidenzia altresì che «this balance between the powers of the parties is often more theoretical than real».

Una risposta univoca ai quesiti appena prospettati non può *de iure condito* essere fornita, in quanto la Direttiva, in linea con i suoi “compiti istituzionali”, rimette ai singoli Stati membri la disciplina di dettaglio: ancora una volta torna a manifestarsi il problema della mancata armonizzazione delle regole processuali nazionali, atteso che è astrattamente possibile che lo Stato X preveda un obbligo di dar corso alla richiesta della difesa, mentre lo Stato Y una mera facoltà con annesso rifiuto (non) motivato.

De iure condendo, sarebbe allora preferibile un intervento esplicito e uniformatore del legislatore europeo, anche solo nel senso di una mera facoltà dell'autorità di emissione di dar seguito all'ordine richiesto dalla difesa (anche della vittima), accompagnata però dalla garanzia di un provvedimento motivato, con tempistiche determinate, in caso di rigetto; con la precisazione che l'autorità a cui si richiede l'emissione dell'OEI non dovrebbe essere il soggetto che conduce le indagini, ma un giudice terzo, così da evitare che la difesa “scopra le carte” e, di conseguenza, tutelare la parità delle armi. In tal modo, si avrebbe un temperamento di interessi volto a garantire, da un lato, l'autonomia decisionale alle autorità chiamate a vagliare i presupposti di adozione di un OEI *ex art. 6* Direttiva 2014/41/UE; dall'altro lato, consentendo ai richiedenti di conoscere le ragioni per le quali non è stato dato seguito alla domanda, si tutelerebbe più adeguatamente il diritto di difesa.

2.1. L'emissione di un ordine su richiesta in Italia

In Italia l'art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017, rubricato «ordine di indagine emesso su richiesta della difesa», implementa la Direttiva disegnando una disciplina adeguata e dettagliata, con una sola sostanziale differenza: indagato e imputato, a cui si affianca la «persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione», non possono richiedere l'emissione di un OEI personalmente ma devono essere necessariamente assistiti da un difensore. Si prevede poi un obbligo, a pena di inammissibilità, di motivazione della richiesta, unitamente alla fisiologica indicazione degli atti di cui si domanda il compimento o l'assunzione. A tale obbligo motivazionale fa da contraltare – in una sorta di schema di *checks and balances* – il dovere per il pubblico ministero di adottare un decreto motivato qualora ritenga di non dar seguito alla richiesta e, nel caso del sequestro probatorio, di trasmettere gli atti al GIP con parere motivato (art. 368 c.p.p.). Se, invece, la difesa ha domandato l'emissione di un OEI a un giudice, quest'ultimo dovrà procedere con un'ordinanza, per sua natura motivata, sentite le parti.

Ciò che la norma non precisa, oltre alle tempistiche entro le quali va fornita una risposta alle istanze difensive, sono i requisiti sulla base dei quali valutare l'(in)ammissibilità di una richiesta di investigazione difensiva. In mancanza di presupposti stringenti e normativamente predeterminati, vi è il concreto rischio che il pubblico ministero abbia un potere discrezionale eccezionalmente elevato che, potendo essere utilizzato anche in maniera impropria, di fatto impedirebbe l'esercizio del diritto di difesa. E ciò, a maggior ragione, in considerazione del fatto che l'eventuale decreto motivato di reiezione non è impugnabile. Differente lo scenario, invece, se l'OEI deve essere ordinato dal giudice del dibattimento o dell'udienza preliminare, in quanto in tal caso opereranno i generali criteri di ammissibilità probatoria prescritti dal codice di rito relativi alla fase in cui si sta procedendo: esclusione delle sole prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190 c.p.p.); evidente decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere nell'udienza preliminare (art. 422 c.p.p.).

Così come strutturata, in fase investigativa la disciplina italiana sembra analoga a quella dettata in tema di richiesta della persona offesa finalizzata all'incardinamento di un incidente probatorio (art. 394 c.p.p.) ed esplica un effetto al contempo positivo e negativo. La scelta del legislatore è positiva perché garantisce ai richiedenti una risposta del pubblico ministero, mentre generalmente quest'ultimo può non dar seguito alle istanze della difesa senza alcun obbligo di motivazione⁴; è negativa, invece, perché impone alla difesa di condividere, quantomeno parzialmente, la propria strategia difensiva con la controparte d'accusa. Peraltro, è bene notare che, a seguito dell'emissione dell'OEI, soprattutto in caso di prove dichiarative, non è stato disciplinato il relativo procedimento acquisitivo, con il rischio che il pubblico ministero si trasformi nel *dominus* dello svolgimento di un atto richiesto dalla difesa, riducendo di fatto la latitudine applicativa del diritto di difesa. In assenza di una disciplina *ad hoc*, infatti, potrebbe essere il pubblico ministero il soggetto titolato a prendere ogni decisione⁵ e, paradossalmente, stravolgere a suo favore un atto nato con

⁴ Di diverso avviso F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 38, secondo cui «la asimmetria tra posizioni soggettive e situazioni soggettive, producendo un vizio di parità delle armi, genera un dubbio di legittimità costituzionalità dell'art. 31 d. lgs., in relazione agli artt. 24, 2° co., 3 e 111, 2° co., primo periodo Cost., nella parte in cui prevede che il difensore dell'imputato debba chiedere al pubblico ministero e non solo al giudice l'emissione di un ordine d'indagine funzionale all'ammissione del mezzo di prova». L'Autrice prospetta altresì di introdurre una disciplina che consenta al difensore di trasmettere l'OEI direttamente all'autorità competente dello Stato di esecuzione.

⁵ A titolo esemplificativo, si pensi alle modalità di svolgimento di un accertamento tecnico irripetibile o al contenuto delle domande da porre a un testimone.

natura difensiva.

La grande assente della disciplina italiana, in linea con quanto ricordato a proposito del testo della Direttiva, rimane comunque, la vittima, non espressamente menzionata tra i soggetti che possono domandare l'emissione di un OEI. Deve tuttavia ritenersi che nel nostro sistema, durante le indagini, la stessa potrà presentare la domanda al pubblico ministero ai sensi del combinato disposto degli artt. 90 e 367 c.p.p.; il pubblico ministero potrà tuttavia non darvi seguito senza alcun onere motivazionale; in dibattimento, per contro, la parte civile è titolata a domandare l'acquisizione di qualsiasi prova, sin dal deposito delle liste testimoniali e, pertanto, deve ritenersi anche l'assunzione di prove in territorio straniero, con il conseguente obbligo per il giudice, con ordinanza, di acquisirle, escludendo solo quelle vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190 c.p.p.).

2.2. *L'emissione di un ordine su richiesta all'estero*

In Francia l'art. 694-20, par. 2, CPPF⁶ tutela opportunamente al massimo grado il diritto di difesa, garantendo a tutti gli attori processuali (indagato, imputato, vittima e parte civile) di richiedere l'emissione di un OEI all'autorità competente, la quale è sempre tenuta a decidere, positivamente o negativamente, sulla domanda avanzata da un soggetto privato⁷.

Diametralmente opposta, invece, la scelta di Lussemburgo, Spagna, Portogallo e Germania che hanno ritenuto preferibile non attribuire alcuna facoltà specifica ai soggetti privati coinvolti nel processo penale, rimettendo alla disciplina codicistica generale la relativa disciplina.

In definitiva, se in merito alla possibilità di richiedere l'emissione di un OEI la Direttiva pare aver riposto poca attenzione ai diritti di indagati e imputati, e ancor di più a quelli delle vittime, molti degli Stati membri paiono essere stati ancor più laconici. Solo la disciplina italiana risulta essere – al pari di quella francese – una di quelle maggiormente scrupolose nella tutela del diritto di difesa, pur se con un grande limite: la mancata previsione espressa

⁶ «Cette émission peut intervenir d'office ou, conformément aux dispositions des articles 77-2, 82-1, 315, 388-5 et 459, sur demande de la personne suspecte ou poursuivie, de la victime ou de la partie civile».

⁷ Gli articoli richiamati dall'art. 694-20, par. 2, CPPF impongono infatti un obbligo decisionale (motivato) in capo alle autorità di emissione in merito alle richieste avanzate: «s'il refuse de procéder à un acte demandé, sa décision peut être contestée devant le procureur général» (art. 77-2 CPPF); «le juge d'instruction doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande» (art. 82-1 CPPF); «l'accusé, la partie civile et leurs avocats peuvent déposer des conclusions sur lesquelles la cour est tenue de statuer» (art. 315 CPPF); «s'il refuse d'ordonner ces actes, le tribunal doit spécialement motiver sa décision» (art. 388-5 CPPF); «le tribunal [...] est tenu de répondre aux conclusions» (art. 459 CPPF).

del diritto della vittima di richiedere un OEI. Sarebbe allora importante che il legislatore europeo armonizzasse la normativa, dettando un livello di garanzie minime valevole per tutti gli Stati dell'Unione.

3. La *dual defence*

Una delle maggiori carenze della Direttiva riguarda l'assenza di disposizioni precettive che prevedano un effettivo esercizio del diritto di difesa, tanto nello Stato di emissione, quanto in quello di esecuzione. Invero, un generico riferimento al diritto di difesa è rinvenibile esclusivamente nel considerando 12, secondo cui «i diritti della difesa nei procedimenti penali sono i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta», e nell'art. 1, par. 4, Direttiva 2014/41/UE, a mente del quale «la presente Direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie». Nessun riferimento, dunque, alla concreta estrinsecazione del diritto *de quo* in entrambi gli Stati coinvolti; in altre parole, non vi è traccia – al pari degli altri strumenti di mutuo riconoscimento, ad eccezione del MAE – della possibilità di una *dual defence*.

Nello Stato di emissione non paiono sorgere particolari problemi, in quanto la disciplina segue quella ordinaria del diritto processuale. In Italia, pertanto, durante le indagini l'indagato avrà diritto di venire a conoscenza dell'OEI emesso negli stessi casi in cui potrebbe conoscere un atto di indagine interno, con conseguente obbligo all'assistenza tecnica di un difensore, già nominato ovvero nominato di fiducia o d'ufficio prima del compimento dell'atto o subito dopo; del pari, alla persona offesa verranno notificati gli atti a cui la stessa ha il diritto di partecipare (si pensi a una consulenza tecnica irripetibile *ex art. 360 c.p.p.*) e avrà la facoltà di nominare un difensore di fiducia. In fase dibattimentale, invece, tutte le parti processuali, pubbliche e private, potranno partecipare all'assunzione dell'atto. Anche in fase esecutiva, poi, il condannato si vedrà riconosciuti i medesimi diritti che gli spetterebbero se l'esecuzione dell'atto avvenisse sul territorio nazionale.

La problematica lasciata purtroppo irrisolta dalla Direttiva e, più in generale, dalla legislazione europea per gli strumenti di mutuo riconoscimento (ad eccezione del MAE), riguarda l'esercizio del diritto di difesa nello Stato di esecuzione. Invero, l'art. 10 Direttiva 2013/48/UE relativa a vari aspetti del diritto di difesa, cronologicamente antecedente alla

Direttiva 2014/41/UE (e al Regolamento 2018/1805/UE), prevede il diritto alla *dual defence* solo per l'esecuzione di un MAE: «gli Stati membri garantiscono che una persona ricercata abbia diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di esecuzione al momento dell'arresto eseguito in conformità del mandato d'arresto europeo». Una prima interpretazione potrebbe condurre a ritenere che, non essendo disciplinato dalla Direttiva 2013/48/UE, il diritto di difesa nello Stato di esecuzione di un OEI non sia imprescindibile e che, di conseguenza, possa non essere accordato o possa comunque essere limitato. Una simile lettura non sembra però rispettosa dei diritti di indagati e imputati, così che deve ritenersi che anche nello Stato di esecuzione indagati e imputati abbiano diritto a partecipare attivamente all'esecuzione di un OEI ed essere assistiti da un difensore. Al fine di sciogliere ogni nodo gordiano, sarebbe opportuno che il legislatore europeo intervenisse per modificare la Direttiva 2013/48/UE, introducendo il diritto alla *dual defence* non solo per la Direttiva 2014/41/UE, ma per tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento adottati dall'UE, compatibilmente con la natura e le peculiarità degli stessi⁸. Solo in tal modo, infatti, si garantirebbe un elevato standard qualitativo del diritto di difesa e, quale effetto indiretto, una maggiore fiducia reciproca degli Stati, nonché dei cittadini nei confronti di questi ultimi, nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

In Italia, deve ritenersi che, qualora l'atto richiesto sia un atto garantito, a indagati e imputati debba essere nominato un difensore d'ufficio, se sprovvisti di difensore di fiducia sul territorio nazionale, in quanto non pare essere sufficiente la nomina defensionale accordata nello Stato di emissione, atteso che il difensore straniero potrebbe non possedere tutti gli strumenti per comprendere a fondo il diritto italiano⁹.

4. I costi della difesa

Un altro ostacolo, principalmente pratico, all'effettivo esercizio del diritto di difesa è costituito dai costi che indagati e imputati sono tenuti a sostenere: costi che vengono

⁸ Secondo A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, p. 170, «valutato anche il breve termine per eventualmente partecipare all'atto, nonché per impugnare il decreto, la difesa tecnica andrebbe garantita sia nello Stato di emissione, sia in quello di esecuzione».

⁹ Così anche E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1306. Perplexità sulla mancata previsione espressa della nomina di un difensore in Italia sono sollevate da R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 404.

potenzialmente duplicati qualora sia richiesta l'assistenza contemporaneamente nello Stato di emissione e in quello di esecuzione.

La Direttiva, così come la legislazione europea in generale, purtroppo non si fa carico della problematica. Invero, nessuna disposizione *ad hoc* è stata dedicata nella Direttiva 2014/41/UE, così come un totale silenzio è stato servato dalla Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato, la quale si limita a prevederlo per il solo MAE. Se il riferimento a quest'ultimo strumento era giustificato nella sopra citata Direttiva 2013/48/UE (*dual defence*), in quanto cronologicamente antecedente alla Direttiva 2014/41/UE, incomprensibile, al contrario, è la scelta di non dedicare alcun cenno al diritto al patrocinio a spese dello Stato in uno strumento giuridico successivo all'adozione della Direttiva 2014/41/UE.

Tuttavia, benché non specificato, si può ritenere che il c.d. "gratuito patrocinio" sia un diritto che deve poter essere azionato in entrambi gli Stati coinvolti da un OEI, limitatamente almeno a talune ipotesi previste dalla Direttiva: in caso di privazione della libertà personale; in caso di obbligo dell'assistenza tecnica; in caso di partecipazione a certi specifici atti investigativi (art. 2, par. 1, Direttiva 2016/1919/UE). In ogni caso, rimangono sullo sfondo alcune problematiche non risolte nemmeno in relazione ai procedimenti interamente nazionali, in quanto le legislazioni dei Paesi membri sul tema sono molto variegate e non è stata stabilita una soglia reddituale minima valevole per tutta l'Unione; a ciò si aggiungano le difficoltà legate alla Direttiva *Bolkestein* (2006/123/CE), a mente della quale un avvocato può prestare la propria opera professionale anche in uno Stato diverso da quello in cui è iscritto¹⁰: essendovi Stati come l'Italia in cui è necessaria l'iscrizione ad apposite liste, ci si può chiedere operativamente se, ad esempio, l'iscrizione alla speciale lista in Italia consenta a un avvocato italiano di svolgere la propria attività anche all'estero¹¹, mentre sembra potersi escludere che a un avvocato straniero possa essere riconosciuto il diritto di operare con il gratuito patrocinio italiano.

5. Le indagini difensive

L'ultraventennale istituto delle indagini difensive in Italia, oltre a non essere «*guaranteed*

¹⁰ Sul punto v. *amplius* R. DANOVÌ, *Ordinamento forense e deontologia*, Giuffrè, 2022, pp. 207 ss.

¹¹ Tenendo in considerazione che le spese di trasferta non sono pagate, è difficile immaginare che concretamente un avvocato partecipi all'esecuzione di una perquisizione in un altro Stato membro.

in all countries»¹², ha trovato poca fortuna nella prassi interna, vuoi per il timore degli avvocati nell'utilizzarlo, vuoi per la ritrosia dei soggetti coinvolti a collaborare.

Nelle poche pronunce di legittimità che sono state adottate per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.lgs. n. 108 del 2017, pertanto nel pieno vigore del regime rogatorio, alcuni (non univoci) arresti hanno però indirettamente e timidamente ammesso l'utilizzabilità delle indagini difensive svolte all'estero, in quanto esulano dal dovere di azionamento di una rogatoria imposto alle autorità giudiziarie¹³.

Invero, il dato letterale dell'impianto codicistico non pare ostare alla possibilità di eseguire investigazioni all'estero¹⁴ e, soprattutto, non impone al difensore di richiedere una rogatoria, atteso che quest'ultimo è un atto di competenza dell'autorità giudiziaria e del ministro della giustizia. Peraltro, oltre a non vedere «per quale ragione la possibilità di un contatto diretto tra il difensore e la fonte debba rimanere preclusa, solo perché questa avviene all'estero»¹⁵, imporre un tale onere all'avvocato rischierebbe di minare le fondamenta del diritto di difesa, in quanto lo obbligherebbe a scoprire le proprie carte, con conseguente frustrazione del principio della tendenziale parità delle armi¹⁶.

Con l'adozione della Direttiva 2014/41/UE, e con le leggi di implementazione nazionali, lo scenario non sembra essere mutato. Invero, perdura un ingiustificabile silenzio sul tema da parte della legislazione europea, che ben avrebbe potuto prevedere – oltre a quella che consente a indagato, imputato e difensore di richiedere l'emissione di un OEI – una ulteriore disposizione in merito alla possibilità di svolgere indagini difensive all'estero. In ogni caso, il dato letterale della Direttiva e del d.lgs. n. 108 del 2017, così come in parte confermato dalla Relazione illustrativa¹⁷, non sembra ostare a che il difensore possa investigare in

¹² E. SELLIER-A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws*, op. cit., p. 66.

¹³ V., in particolare, Cass., Sez. II, 25 ottobre 2019, n. 4152; Cass., Sez. III, 27 maggio 2009, n. 24653. Di diverso avviso Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967: «sono inutilizzabili gli atti raccolti dal difensore attraverso investigazioni dallo stesso compiute all'estero, giacché, secondo i principi generali del codice di procedura penale, i risultati di attività di acquisizione probatoria svolta all'estero sono utilizzabili solo attraverso l'espletamento di rogatoria, cui non può fare ricorso il difensore».

¹⁴ T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della Direttiva 2014/41/UE*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, 2016, p. 111. Di diverso avviso E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5, p. 2049.

¹⁵ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 2210.

¹⁶ Sul punto v. anche R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 9, p. 3294; M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1082; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 171.

¹⁷ La Relazione illustrativa allo schema di schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, trasmesso alla Presidenza del Senato il

territorio allogeno – per quanto all'estero i soggetti destinatari della richiesta del difensore ben potrebbero rifiutarsi di collaborare – in quanto non vi è alcuna *exclusionary rule* dedicata al tema, né si rinvencono altri divieti espressi¹⁸.

Si si aderisse all'interpretazione che ammette lo svolgimento di indagini difensive *ultra fines*¹⁹, vi è da chiedersi quali siano i rapporti intercorrenti tra l'art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017, dedicato all'«ordine di indagine emesso su richiesta della difesa», e il procedimento volto all'acquisizione di informazioni testimoniali in caso di rifiuto a sottoporvisi da parte del soggetto interessato (art. 391 *bis*, commi 11 e 12, c.p.p.). Deve ritenersi che, sia che si proceda con la richiesta di audizione da parte del pubblico ministero, sia che si azioni l'incidente probatorio con richiesta al giudice, in entrambi i casi non sia possibile rifiutare l'emissione dell'OEI. Invero, l'art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017 può essere considerato una norma generale, applicabile a tutte le misure investigative eventualmente richieste, mentre l'art. 391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p. è una disposizione speciale, limitata alle sole audizioni a seguito di rifiuto espresso del soggetto che deve essere sentito. Quest'ultima norma, infatti, obbliga il pubblico ministero a procedere all'audizione («ne dispone l'audizione»), mentre rinvia agli artt. 392 ss. c.p.p. per quanto concerne l'incidente probatorio.

21 marzo 2017, p. 19, ritiene che «i difensori, gli investigatori privati ed i consulenti tecnici possano recarsi all'estero per conferire con persone residenti o dimoranti in altro Stato e in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, per ivi svolgere con le stesse colloqui non documentati [...] Per le medesime ragioni, si è ritenuto non necessario disciplinare la richiesta di emissione di un OEI per autorizzare la difesa dell'indagato ad invitare le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa residenti o dimoranti all'estero, a venire nel territorio dello Stato italiano per rendere informazioni da documentare [...] o a trasmettere una dichiarazione scritta, con firma autenticata da un pubblico ufficiale dello Stato estero».

¹⁸ Secondo M. CAIANIELLO, *L'attuazione della Direttiva*, op. cit., p. 2209, è lo stesso art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017 che «sembra porre le basi» per ammettere nel processo italiano la piena utilizzabilità delle indagini difensive svolte all'estero. Altra dottrina, pur ritenendo che «l'unico modo di evitare uno squilibrio con i poteri dell'accusatore sembra quello di ammettere che il difensore possa compiere indagini all'estero», rileva come debba considerarsi ammissibile quantomeno il «colloquio esplorativo previsto dall'art. 391-*bis* c.p.p., non documentato» (F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 6, p. 4). Anche D. CIMADONO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della Direttiva 2014/41/UE*, in T. Bene-L. Luparia-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, 2016, p. 125, ritiene che «la compressione della facoltà di svolgere investigazioni difensive all'estero presterebbe inevitabilmente il fianco a censure di disparità di trattamento».

¹⁹ Di diverso avviso F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, p. 6, secondo cui «le investigazioni difensive sono in contrario escluse posto che queste palesemente esulano dall'operatività dell'OEI». Anche E. SELLIER-A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws*, op. cit., p. 71, evidenzia come «during the negotiations, MSs made clear that this would not entitle defendants to a new right to conduct parallel investigations, as the latter does not exist under the national law of some countries». Così anche R. BELFIORE, *Riflessioni a margine*, op. cit., p. 3294, secondo cui è «precluso un potere autonomo di iniziativa», e G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 284, il quale sostiene che «l'ordine europeo di indagine non ha introdotto la possibilità di svolgere indagini difensive all'estero».

6. I rimedi

Il sistema dei rimedi di cui all'art. 14 Direttiva 2014/41/UE²⁰ deve essere letto sotto la lente del principio di equivalenza e sotto un ulteriore duplice angolo visuale: solo nello Stato di emissione possono essere esperiti mezzi di impugnazione volti a contestare il merito dell'OEI (*i.e.* i presupposti sostanziali e processuali alla base della misura); nello Stato di esecuzione si possono invece avanzare doglianze meramente “esecutive”, finalizzate a contestare esclusivamente le modalità di svolgimento dell'atto o l'eventuale sussistenza di tassativi motivi di rifiuto di cui l'autorità richiesta non si è avveduta (tra i quali non figura il riconoscimento di un ordine incompleto²¹). In altre parole, eventuali illegittimità commesse nella procedura di emissione di un OEI, come la mancanza dei presupposti legittimanti l'atto, devono essere contestate solo ed esclusivamente nello Stato richiedente, in quanto «le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione» (art. 14, par. 2). Se sollevate nello Stato di esecuzione, salvi i casi in cui vi possano essere seri motivi per ritenere che vi sia una lesione dei diritti fondamentali, tali doglianze non possono trovare accoglimento e si deve in ogni caso procedere al riconoscimento e all'esecuzione dell'OEI.

Il tutto, però, con una precisazione dettata dal considerando 22: «nei casi in cui le obiezioni nei riguardi di un OEI siano sollevate da una parte interessata nello Stato di esecuzione in relazione ai motivi che determinano l'emissione dell'OEI, è opportuno che le informazioni in merito a tale impugnazione siano trasmesse all'autorità di emissione e che la parte interessata ne sia informata». In altre parole, pare potersi ritenere che l'autorità di esecuzione dovrà riconoscere l'ordine e al contempo è opportuno che la stessa trasmetta le doglianze dell'istante allo Stato di emissione, ma è controversa la natura di tale trasmissione e le incombenze dell'interessato e dell'autorità richiedente: si è in presenza di una sorta di principio di conservazione dell'impugnazione? O si vuole semplicemente consentire al ricorrente di ripresentare le doglianze e allo Stato di emissione di eventualmente ritirare o emendare l'ordine? Considerando che l'art. 14, par. 5, si limita a stabilire un dovere di

²⁰ I cui contenuti, secondo A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, p. 261, «non sono quelli che ci si poteva attendere».

²¹ A differenza di quanto previsto dal regolamento 2018/1805/UE, che prevede un motivo di rifiuto facoltativo fondato sull'incompletezza dell'ordine (artt. 8, par. 1, lett. c) e 19, par. 1, lett. c) regolamento 2018/1805/UE). Sulla causa di non riconoscimento in questione v. Cass., Sez. VI, 24 maggio 2022, *Marino*, n. 25571 secondo cui «l'incompletezza del certificato non è mai di per sé motivo obbligatorio o automatico di rifiuto della cooperazione».

informazione reciproca tra autorità di esecuzione ed emissione «sui mezzi di impugnazione contro l'emissione, il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI», senza alcuna sanzione processuale in caso di inosservanza delle citate prescrizioni, pare potersi sostenere che non si è al cospetto di un principio di conservazione dell'impugnazione, bensì di un semplice dovere informativo finalizzato a consentire eventualmente all'interessato di ripresentare il ricorso o allo Stato di emissione di ritirare o modificare l'OEI.

Il sopra richiamato principio di equivalenza, poi, è declinato specificamente nell'art. 14, par. 1 e 4, i quali rispettivamente stabiliscono che «gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI», per i quali devono valere gli stessi termini per l'impugnazione; e che è garantito che «il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato effettivamente». Se si legge la norma dal punto di vista dello Stato di emissione, è pacifico che i rimedi prescritti per gli atti interni debbano essere gli stessi di quelli ordinati con un OEI: una perquisizione deve poter essere impugnata, con lo stesso strumento, tanto se svolta in territorio nazionale, quanto se eseguita su suolo straniero.

Più complesso sembra essere il discorso in relazione al regime dei rimedi nello Stato di esecuzione, atteso che l'equivalenza degli stessi pare limitare la portata operativa del diritto a un ricorso esclusivamente avverso l'atto esecutivo dell'OEI e non anche il relativo provvedimento di riconoscimento. Invero, se devono essere assicurati «mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili», il provvedimento di riconoscimento è un atto che generalmente non è previsto dai codici di rito nazionali. Salvo ritenere che l'equivalenza sia da parametrare ai mezzi di impugnazione avverso il provvedimento di riconoscimento previsti per altri strumenti di mutuo riconoscimento (es. MAE, riconoscimento di sentenze ai fini dell'esecuzione e riconoscimento di provvedimenti che dispongono misure alternative), si può sostenere che non sia contraria al diritto dell'UE la normativa di uno Stato che non contempli alcun ricorso avverso il citato provvedimento di riconoscimento, in quanto la Direttiva «*does not ultimately oblige the MSs to establish legal remedies against the EIO*»²².

6.1. Gavanozov II: dalla Corte di Giustizia è richiesta l'impugnabilità di ogni atto di indagine?

²² L. BACHMAIER WINTER, *Best practices for EUROpean COORDination on investigative measure and evidence gathering*, 11 marzo 2019, p. 105.

In tema di rimedi, *Gavanozov II*, pur suscitando parecchie perplessità, rappresenta una pietra miliare, in quanto è giunta a sostenere che ogni atto di indagine adottato in un procedimento penale nazionale debba potere essere impugnato anche nel merito nello Stato di emissione, con la conseguenza che se tale possibilità di ricorso manca, lo Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI per violazione del diritto fondamentale a un ricorso effettivo (art. 47 Carta di Nizza).

Il percorso che ha condotto alla storica sentenza, tuttavia, non è stato scevro di difficoltà. Invero, con la decisione *Gavanozov I*²³, la Corte di Giustizia era già stata chiamata a risolvere la medesima questione. In quell'occasione, l'Avvocato Generale Yves Bot aveva draconianamente concluso a favore dell'incompatibilità poi dichiarata in *Gavanozov II*, ricollegando l'obbligo di dotarsi di un rimedio interno all'art. 14, par. 1, Direttiva 2014/41/UE in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Secondo l'Avvocato Generale, il citato art. 14 osta « all'emissione di una richiesta di ordine europeo di indagine»²⁴ in assenza di un rimedio effettivo, in quanto «l'articolo 14 della Direttiva 2014/41/UE [...] deve essere interpretato nel senso che, in mancanza di previsione da parte della normativa di uno Stato membro [...] di qualsiasi possibilità di contestare le ragioni di merito di un atto di indagine richiesto con un ordine europeo di indagine, esso osta a siffatta normativa e all'emissione, da parte di tale Stato membro, di un ordine europeo di indagine»²⁵.

Nonostante le grandi aspettative riposte in *Gavanozov I*, i Giudici del Lussemburgo avevano “scientemente”²⁶ deluso²⁷ chi si aspettava una presa di posizione allineata con le conclusioni dell'Avvocato Generale; hanno, infatti, riformulato le questioni pregiudiziali ed evitato così di pronunciarsi sul tema fondamentale²⁸. Secondo la Corte, infatti, «il giudice del rinvio si interroga, nel contesto dell'emissione di un ordine europeo di indagine, sul modo in cui deve compilare la sezione J del modulo che figura nell'allegato A alla Direttiva

²³ C.G.U.E, Sez. I, 24.10.2019, *Gavanozov I*, C-324/17.

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11 aprile 2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §90.

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11 aprile 2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §108.

²⁶ Così J. PÉREZ GIL, *Orden Europea de investigacion: primeras respuestas del TJUE*, in *Revista Aranzadi Union Europea*, 2020, 12, p. 10.

²⁷ In tal senso J. TRICOT, *Chronique de droit et de jurisprudence de l'Union européenne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2020, 4, p. 1005; M. SIMONATO, *Mutual recognition in criminal matters and legal remedies: the first CJEU judgment on the European Investigation Order*, in *European Law Blog*, 1 aprile 2020.

²⁸ In dottrina si è sostenuto che tale atteggiamento della Corte di Giustizia non è una sorpresa, dal momento che la Direttiva 2014/41/UE era entrata in vigore da pochi anni e che mancavano dei precedenti sul punto a cui fare riferimento (I. SZIJÁRTÓ, *Considerations regarding the Gavanozov II case before the CJEU*, in *www.eio-lapd.eu*, 29 marzo 2021).

2014/41»²⁹. Sezione J che, così come interpretata dalla C.G.UE³⁰, prescrive di indicare nella medesima i mezzi di impugnazione già esperiti nello Stato di emissione e non anche tutti i potenziali mezzi di gravame astrattamente azionabili. In tal modo, la Corte, «nasconde[ndosi] dietro un dito»³¹, ha solo procrastinato una decisione inevitabile³², che, in effetti, ha poi adottato con *Gavanozov II*.

Più nello specifico, quest'ultima pronuncia prende le mosse da una domanda di pronuncia pregiudiziale del *Spetsializiran Nakazatelen Sad* (“SNS” – tribunale speciale per i procedimenti penali bulgaro), in qualità di autorità di emissione, che avrebbe dovuto ordinare una perquisizione e un sequestro, nonché un'audizione mediante videoconferenza, in Repubblica Ceca; tuttavia, la legislazione bulgara non prevede mezzi di impugnazione né avverso un OEI, né avverso i relativi atti di indagine nazionali.

Il rimettente si interrogava «se una normativa nazionale che non prevede alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo d'indagine ai fini della perquisizione di un'abitazione e di locali commerciali, del sequestro di determinati oggetti e dell'audizione di un testimone sia compatibile con l'articolo 14, paragrafi da 1 a 4, con l'articolo 1, paragrafo 4, e con i considerando 18 e 22 della Direttiva 2014/41, nonché con gli articoli 47 e 7 della Carta in combinato disposto con gli articoli 13 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950» e, di conseguenza, «se in tali circostanze sia possibile emettere un ordine europeo d'indagine»³³.

La soluzione alle questioni prospettate ha seguito un doppio percorso argomentativo. Il primo si fonda sulla valutazione circa la (non) conformità al diritto dell'Unione della normativa di uno Stato membro priva di un mezzo di impugnazione contro un atto di indagine. Il secondo, invece, riguarda più da vicino la possibilità di emettere un OEI in uno Stato privo di mezzi di gravame.

²⁹ C.G.UE, Sez. I, 24.10.2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §24.

³⁰ In dottrina si è evidenziato che il modulo J non può essere interpretato come garanzia per gli individui del diritto a un rimedio effettivo (W. DE BONDT, *Cooperation in Criminal Matters through the Eyes of the Luxembourg Court: the Case Law of 2019*, in *European Criminal Law Review*, 2020, p. 181).

³¹ G. BORGIA, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. Pen.*, 2020, p. 3.

³² J. TRICOT, *Chronique de droit*, op. cit., p. 1006 aveva sostenuto che «*les conclusions imaginatives d'Yves Bot inspireront peut-être – sans doute – d'autres recours*». Analogamente D. KNYTEL, *Evidence Gathering in the European Union: The Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, p. 89; P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 1298.

³³ C.G.UE, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §23.

Innanzitutto, la Corte ha sancito che una normativa nazionale che non prevede la possibilità di contestare un atto di indagine (richiesto con un OEI) contrasta con il diritto dell'UE. Per giungere a tale conclusione, i Giudici del Lussemburgo hanno condivisibilmente escluso – a differenza dell'Avvocato Generale in *Gavanozov I* – che il tenore letterale dell'art. 14 obblighi gli Stati a dotarsi di rimedi ulteriori rispetto a quelli già presenti nell'ordinamento interno, atteso che, come visto, la norma si limita a prescrivere ai Paesi membri di assicurare mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo³⁴.

La Corte ha però ritenuto che la necessità di dotarsi di ricorsi effettivi contro ogni atto di indagine sia desumibile dal generale dovere per gli Stati membri di assicurare il rispetto del diritto a un ricorso effettivo sancito dall'art. 47, comma 1, Carta di Nizza (e dall'omologo art. 13 CEDU)³⁵. Pertanto, nello specifico «l'articolo 14 della Direttiva 2014/41, letto in combinato disposto con l'articolo 24, paragrafo 7, della medesima Direttiva e l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro di emissione di un ordine europeo di indagine la quale non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo di indagine»³⁶.

Diretto precipitato di tale approdo è l'impossibilità di emettere un OEI in assenza di rimedi interni, con conseguente obbligo per lo Stato di esecuzione di rifiutare un OEI. Divieto di emissione e obbligo di rifiuto, infatti, si completano vicendevolmente, come due lati della stessa medaglia: eventuali mancanze del primo devono essere sopperite dal secondo. Una simile conclusione è giustificata dalla Corte richiamando i principi del mutuo riconoscimento³⁷ e di leale collaborazione³⁸, nonché il motivo di non riconoscimento o non esecuzione previsto dall'art. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE, posto a tutela di eventuali violazioni dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. L'assenza di un mezzo di impugnazione interno causerebbe dunque una violazione sistematica dell'art. 47 Carta di Nizza e riverbererebbe effetti negativi sul principio di fiducia reciproca.

Di conseguenza, poiché una normativa che non prevede rimedi interni contro un OEI si pone in contrasto con il diritto dell'Unione e poiché l'OEI emesso potrebbe (anzi dovrebbe) essere rifiutato dallo Stato di esecuzione per violazione dei diritti fondamentali, «l'articolo 6 della Direttiva 2014/41, letto in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti

³⁴ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §26-27.

³⁵ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §28.

³⁶ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §50.

³⁷ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §54.

³⁸ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §57.

fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'emissione, da parte dell'autorità competente di uno Stato membro, di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione dell'audizione di testimoni mediante videoconferenza, qualora la normativa di tale Stato membro non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di detto ordine europeo di indagine»³⁹.

6.2. Il diritto a un rimedio effettivo: disomogeneità decisorie tra Corte di Giustizia e Corte Europea

La Corte di Giustizia, negli ultimi anni, è costante nell'affermare che gli Stati membri, quando attuano il diritto dell'Unione, «sono tenuti ad assicurare il rispetto del diritto a un ricorso effettivo»⁴⁰. Più nello specifico, in materia penale, tra le sentenze della Corte di Giustizia che saldano le disposizioni del diritto comunitario con l'art. 47 Carta di Nizza vi sono i casi *DR-TS*⁴¹ e *OM*⁴². Tali arresti, in tema di confisca, hanno ritenuto che la normativa di uno Stato membro che non prevede che i terzi interessati dal provvedimento ablativo possano godere di un ricorso effettivo contrasti con l'art. 47 Carta di Nizza. In *Gavanozov II*, dunque, la Corte altro non ha fatto che porsi in continuità con i propri precedenti e ribadire il carattere di diritto fondamentale della tutela giurisdizionale effettiva, la quale presuppone sempre «che la persona che lo invoca si avvalga di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione»⁴³.

Vi è inoltre da segnalare che i Giudici del Lussemburgo, richiamando l'omologa disposizione dell'art. 13 CEDU, alla cui giurisprudenza è necessario allinearsi ai sensi dell'art. 52 Carta di Nizza⁴⁴, superano l'idea di predominio quasi assoluto del rafforzamento del

³⁹ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §62.

⁴⁰ C.G.U.E, Grande Sezione, 15 aprile 2021, *H.A.*, C-194/19, §43; C.G.U.E, Sez. I, 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, C-752/18, §34. In tema v. anche, *ex multis*, C.G.U.E, Sez. I, 19 marzo 2020, *PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-406/18, §21; C.G.U.E, Sez. I, 6 dicembre 2018, *IK*, C-551/18, §67;

⁴¹ C.G.U.E, Sez. III, 21 ottobre 2021, *DR e TS*, C-845/19 e C-863/19.

⁴² C.G.U.E, Sez. I, 14 gennaio 2021, *OM*, C-393/19.

⁴³ C.G.U.E, Grande Sezione, 20 aprile 2021, *Repubblica c. Prim Ministru*, C-896/19, §41.

⁴⁴ L'art. 52 par. 3 della Carta di Nizza stabilisce che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Pertanto, se un diritto fondamentale è tutelato tanto dalla CEDU quanto dal diritto dell'Unione, l'interpretazione che ne deve essere fornita dalla C.G.U.E deve comportare una garanzia analoga o maggiore di quella data dalla Corte di Strasburgo.

mutuo riconoscimento posto alla base della Direttiva, a favore di un modello in cui i diritti giocano un ruolo (com)primario: il riconoscimento reciproco, infatti, non può privare i cittadini delle loro garanzie irrinunciabili.

Nel fare ciò, la Corte di Giustizia fornisce una tutela ancora maggiore di quella prevista dalla giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui l'art. 13 CEDU richiede la previsione di un rimedio domestico effettivo, ma al contempo concede agli Stati contraenti «margini di discrezionalità nelle modalità con cui si adeguano alle previsioni» dello stesso art. 13 CEDU⁴⁵. Per esempio, è stato stabilito che il controllo delle misure contrarie ai diritti sanciti dalla Convenzione «effettuato dai giudici penali [nel corso del dibattimento] fornisce una riparazione adeguata per l'interessato, dal momento che il giudice procede a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti»⁴⁶. Pertanto, per la CEDU un ricorso può essere effettivo anche se nel sistema interno non è catalogabile come tale.

Come detto, la Corte di Giustizia è “andata oltre”, in quanto non pare accontentarsi di un vaglio dibattimentale dell'atto di indagine acquisito e sembra richiedere un mezzo di impugnazione specifico sul punto.

La lettura

A fianco del dato letterale, è poi necessario osservare che la Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi sull'art. 161 del codice di procedura penale bulgaro (“CPPB”)⁴⁷ che prevede che nella fase delle indagini le perquisizioni e i sequestri siano autorizzati da un giudice. I verbali delle operazioni degli atti in oggetto possono essere letti nel

⁴⁵ C. EDU, Sez. II, 14 gennaio 2020, *Beizaras and Levickas c. Lituania*, ric. n. 41288/15, §149. Nello stesso senso, *ex multis*, C. EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2016, *Mozer c. Repubblica Moldava e Russia*, ric. n. 1138/10, §207; C. EDU, Grande Camera, 28 novembre 1997, *Mentes e altri c. Turchia*, ric. n. 23186/94, §89.

⁴⁶ C. EDU, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11, §45; conformi C. EDU, Sez. II, 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, ric. n. 32600/12, §37; C. EDU, Sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, ric. n. 35623/05, §71 s.

⁴⁷ «*In pre-trial proceedings search and seizure shall be performed with an authorisation by a judge from the respective first instance court or a judge from the first-instance court in the area of which the action is taken, upon request of the prosecutor. (2) In cases of urgency, where this is the only possible way to collect and keep evidence, the bodies of pre-trial proceedings may perform physical examination without authorisation under paragraph 1, the record of the investigative action being submitted for approval by the supervising prosecutor to the judge forthwith, but not later than 24 hours thereafter. (3) In court proceedings a search and seizure shall be performed following a decision of the court which is trying the case.*».

dibattimento (art. 283 CPPB)⁴⁸, le parti li possono utilizzare per la discussione (art. 292 CPPB)⁴⁹ e, di conseguenza, il giudice è tenuto a valutarli. Vi sono, poi, un grado di appello (artt. 313 ss. CPPB) e un giudizio di cassazione (artt. 346 ss. CPPB). Per come è strutturato, dunque, sembra che la Corte non si “accontenti” di una valutazione dibattimentale dello strumento investigativo, ma richieda espressamente l’introduzione di un rimedio specifico⁵⁰. Il vaglio dibattimentale, infatti, non sembra – nell’ottica della Corte di Giustizia – una garanzia adeguata (anche se quantomeno per imputati e indagati potrebbe esserlo), in quanto si pone in una fase avanzata del procedimento e la lettura sistematica dell’art 14 e della sezione J, come visto, paiono richiederlo immediatamente dopo l’esecuzione dell’ordine (o comunque alla prima occasione disponibile). Al contrario, un ricorso specifico in sede pre-dibattimentale/investigativa, immaginato al solo fine di contestare la legittimità, proporzionalità e necessità dell’ordine, sarebbe idoneo a fornire una tutela effettiva ed immediata a tutti gli interessati.

Certamente la lettura data dalla Corte del Lussemburgo si apprezza per aver elevato al massimo grado la tutela dei diritti fondamentali, ma suscita comunque perplessità la scelta di obbligare gli Stati a dotarsi di un mezzo di impugnazione contro ogni atto di indagine. Vi sono, infatti, atti da cui non consegue alcuna violazione dei diritti fondamentali (come l’audizione di un testimone, eventualmente mediante videoconferenza) e la cui valutazione in sede dibattimentale sembra sufficiente a garantire il diritto a un equo processo.

6.3. Legittimati attivi, modalità e tempistiche del ricorso effettivo

Volendo seguire l’impostazione che sembra trasparire da *Gavanozov II*, vi sono alcuni interrogativi che rimangono aperti, in particolare in merito a chi può proporre ricorso, in quali termini e con quali modalità.

Con riferimento alla prima questione (chi?), si deve osservare che la Corte di Giustizia sembra implicitamente ammettere una legittimazione attiva estesa a chiunque sia interessato dall’atto investigativo, sia esso la persona indagata o un terzo (persona a cui i beni vengono

⁴⁸ «The court shall read out the records of the observation on site and of physical examination, of search and seizure, of re-enactment of the crime, and of identification of persons and objects, as well as the other documents enclosed with the case-file, if they contain facts of significance for elucidating the circumstances in the case».

⁴⁹ «The parties participating in court debates may refer only to evidence collected and verified in the course of judicial trial, pursuant to the procedure established in this Code».

⁵⁰ Allineandosi a taluna giurisprudenza della Corte EDU che ha ritenuto che la Bulgaria sia priva di rimedi effettivi: C. EDU, Sez. V, 19 gennaio 2017, *Posevini c. Bulgaria*, ric. n. 63638/14, §82 ss.

sequestrati, testimone ecc.). Diversi, infatti, sono gli *obiter dicta* che fanno riferimento indistintamente alla «persona interessata»⁵¹ (quindi non solo all'indagato), ma, soprattutto, è espressamente stabilito che un rimedio possa essere azionato da «qualsiasi persona sottoposta all'obbligo di presentarsi a un'audizione al fine di essere sentita come testimone o di rispondere ai quesiti»⁵². Pertanto, da ciò si può far discendere che chiunque sia soggetto a un atto di indagine che lede un suo diritto fondamentale, in qualità di indagato o di terzo interessato, abbia il diritto a un ricorso effettivo.

Una simile conclusione è inoltre confermata anche dalla lettera dell'art. 14 Direttiva 2014/41/UE e dall'art. 47 Carta di Nizza, i quali fanno riferimento rispettivamente alle «persone interessate» e a «ogni persona»⁵³. Inoltre, come evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot in *Gavanozov I*, quando la Direttiva 2014/41/UE ha voluto circoscrivere l'applicazione delle norme ai soli indagati, lo ha fatto con grande avvedutezza⁵⁴. In particolare, si pensi all'art. 1 che facoltizza l'indagato a richiedere l'emissione di un OEI, all'art. 6 che impone di tenere conto dei diritti della persona sottoposta a indagini per emettere un OEI e all'art. 24 che richiede il necessario consenso della stessa per la sua audizione in video conferenza. Ne consegue, dunque, che anche una lettura sistematica dell'intera Direttiva depone a favore di rimedi azionabili da chiunque ritenga di aver subito la lesione di un proprio diritto attraverso un atto di indagine.

In relazione, invece, al *quando* e al *quomodo* dell'impugnazione, è opportuno innanzitutto distinguere tra indagati e altre persone interessate. Per queste ultime, infatti, il rimedio dell'inutilizzabilità è del tutto inutile; inoltre, non possono nemmeno opporsi preventivamente al compimento dell'atto, in quanto non sono parti del processo. Di conseguenza, sembra potersi sostenere che gli interessi di questi soggetti possano essere esclusivamente di tipo risarcitorio-compensativo (si pensi al testimone che ha subito un intervento sproporzionato o arbitrario del potere pubblico⁵⁵) o restitutorio (ad esempio il soggetto, non indagato, che ha subito una perquisizione o un sequestro illegittimi) e dovrebbero poter essere fatti

⁵¹ Senza pretesa di esaustività, si segnalano i §33, 34, 35, 41, 44, 47 e 53 di C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19.

⁵² C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §49.

⁵³ In tal senso anche L. BACHMAIER WINTER, *Best practices*, op. cit., p. 114.

⁵⁴ «Orbene, a mio avviso, il ricorso a espressioni differenti è tutt'altro che insignificante, tanto più che, nell'ambito della Direttiva 2014/41, gli atti di indagine oggetto di una richiesta di ordine europeo di indagine possono riguardare la “persona sottoposta a indagini”, la “persona interessata” o soggetti terzi e arrecare, pertanto, pregiudizio ai loro diritti» (Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11 aprile 2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §62).

⁵⁵ C.G.U.E, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §46.

valere – alternativamente o cumulativamente – tanto nel processo penale quanto in altro procedimento civile o amministrativo.

I dubbi diventano ancora maggiori per quanto riguarda quei mezzi di indagine che concernono la persona dell'indagato. Invero, non sempre (*rectius*: quasi mai) un rimedio può essere esperito prima dell'emissione o dell'esecuzione di un provvedimento che autorizza un atto di indagine; al contrario, la maggior parte dei mezzi investigativi richiede che gli stessi siano svolti sotto il velo del segreto istruttorio, al fine di non frustrare le esigenze investigative. Nel primo caso, l'espletamento dell'atto può essere astrattamente impedito dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione; nel secondo, invece, un rimedio esperito con successo dopo il compimento dell'atto può portare alla sua inutilizzabilità processuale e/o alla sua cancellazione/distruzione e/o al risarcimento del danno.

Gli Stati membri sono dunque chiamati a trovare un punto di equilibrio tra le esigenze investigative e i diritti individuali, con conseguente introduzione (ove non già presenti) di impugnazioni effettive che possano garantire i primi senza frustrare le seconde, in una logica di *checks and balances* che potrà eventualmente essere vagliata nuovamente dalla Corte di Giustizia.

Infine, considerando che non sono pochi i Paesi che non prevedono rimedi contro ogni atto di indagine (tra gli altri Bulgaria, Italia, Francia⁵⁶ e Spagna⁵⁷), vi è da domandarsi quali potranno essere le ripercussioni future di *Gavanozov II*. La sentenza della Corte, ove applicata letteralmente, rischia di condurre a una disapplicazione in concreto dell'OEI per la maggior parte degli atti di indagine, in attesa dell'introduzione di una normativa che preveda mezzi di impugnazione contro gli stessi. La tutela dei diritti fondamentali, quindi, sembra “frenare” il progressivo rafforzamento dei principi di mutuo riconoscimento e di fiducia reciproca, al fine di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui i cittadini sono tutelati anche da possibili interventi illegittimi o arbitrari del potere pubblico. Portando alle estreme conseguenze *Gavanozov II*, inoltre, si rischierebbe astrattamente l'apertura di procedimenti di infrazione per contrasto tra la disciplina processuale interna e quella europea anche in relazione a procedimenti che non hanno “contorni europei”, ma i cui atti di indagine sono stati svolti interamente sul territorio nazionale. Sarebbe, allora, forse opportuno che l'Unione europea intervenisse legislativamente per dettare criteri di armonizzazione minimi

⁵⁶ D. KNYTEL, *Evidence Gathering*, op. cit., p. 88.

⁵⁷ J. PÉREZ GIL, *Orden Europea de investigacion*, op. cit., p. 10.

in merito all'impugnabilità degli atti di indagine, prevedendo un dovere di predisporre rimedi effettivi solo per quegli atti che, fisiologicamente o patologicamente, comportano un'indebita interferenza nei diritti fondamentali.

6.4. Conoscenza dell'OEI

Il presupposto fondamentale per l'esperimento di un rimedio effettivo è costituito dalla sua concreta e tempestiva conoscenza da parte dell'interessato. Per questo motivo la Direttiva prescrive alle autorità di emissione ed esecuzione di adottare, «laddove non comprometta la riservatezza di un'indagine [...] le misure adeguate per far sì che siano fornite informazioni in merito alle possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale, ove applicabili e in tempo utile per consentire che possano essere utilizzate efficacemente» (art. 14, par. 3).

Innanzitutto, non si può non osservare come l'inciso «ove applicabili», riferito alle «possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale», possa essere utilizzato quale grimaldello per scardinare il ragionamento fatto proprio da *Gavanozov II*: non sembra necessario dover esperire un rimedio contro ogni atto di indagine, se lo stesso può essere azionato solo «ove applicabile» in un caso interno analogo. In ogni caso, dell'inciso in questione avvalorata l'ipotesi, già sopra avanzata, secondo cui un intervento del legislatore europeo sembra quantomai imprescindibile.

Non è inoltre stato previsto entro quali termini e con quali modalità l'interessato (indagato e imputato *in primis*) debba essere messo a conoscenza di un OEI, tanto nello Stato di esecuzione, quanto in quello di emissione. Una soluzione legislativa sarebbe stata, ed è tutt'ora, eccessivamente “avanguardistica” a causa delle differenze processuali e procedurali caratteristiche di ogni singolo Stato membro. Solo in un quadro armonizzato si potrebbe ambire a una tale soluzione, che forse risolverebbe alcune frizioni che possono crearsi attualmente nella pratica di tutti i giorni. Invero, vi possono essere situazioni in cui lo Stato di esecuzione prevede la comunicazione dell'atto all'indagato, mentre così non è nello Stato di emissione; in assenza di una precisa indicazione di quest'ultimo, l'autorità di esecuzione potrebbe comunicare l'esecuzione dell'OEI all'interessato, frustrando così le esigenze investigative dell'autorità richiedente.

Inoltre, possono verificarsi casi nei quali l'effettiva conoscenza dell'atto portato in esecuzione nello Stato richiesto sia utilizzato quale *dies a quo* per l'impugnazione tanto in

quest'ultimo Stato quanto in quello di emissione, a prescindere dal dato formale di una notificazione o comunicazione, con conseguente possibilità di esperimento di due rimedi congiunti e contemporanei in entrambi i Paesi. Si pensi, per fare un esempio, all'esecuzione di un sequestro probatorio ordinato dall'Italia a Malta contro il quale, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., può essere proposto riesame entro dieci giorni dall'esecuzione stessa o da altra data in cui l'indagato o imputato abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento⁵⁸: anche se il provvedimento non è mai stato notificato all'indagato, ma quest'ultimo ne è a conoscenza per un qualsiasi motivo (per esempio perché, tentando di prelevare del denaro, ha scoperto che il conto era bloccato a causa di un provvedimento di sequestro), da quel momento decorrono i dieci giorni per poter presentare il riesame. La difficoltà operativa, dunque, risiede nella corretta individuazione del *dies a quo* per presentare l'impugnazione, che allo stato non può essere oggetto di un'unica soluzione interpretativa a causa delle difformità procedurali a livello nazionale.

6.5. *Sospensione dell'esecuzione, sospensione della trasmissione delle prove e obbligo di "tenere conto"*

L'art. 14, par. 6, stabilisce che «un'impugnazione non sospende l'esecuzione dell'atto di indagine, a meno che ciò non abbia tale effetto in casi interni analoghi». Ancora una volta, quindi, è richiamato il principio di equivalenza, a mente del quale è possibile eseguire un'azione solo se sarebbe stato possibile nell'ordinamento interno. Considerando che in fase investigativa la maggior parte degli atti è tendenzialmente coperta da segreto e che, di conseguenza, un'impugnazione potrà essere presentata solo ad atto compiuto, così come in fase dibattimentale l'esperibilità dei rimedi è possibile solo dopo la pronuncia della sentenza, non è peregrino ritenere che difficilmente si assisterà a un'eventuale sospensione dell'esecuzione dell'atto di indagine. Più verosimile, invece, immaginare un'eventuale sospensione della trasmissione delle prove all'autorità di emissione, ad eccezione dei casi in cui l'autorità di emissione partecipi all'esecuzione e ottenga direttamente *in loco* gli atti acquisiti⁵⁹.

L'art. 13, par. 2, dedicato alla sospensione della trasmissione, disegna un doppio binario, prevedendo un regime facoltativo e uno obbligatorio.

In primo luogo, il trasferimento può essere congelato in pendenza di un'impugnazione,

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 11 luglio 2006, *Marseglia*, n. 27777.

⁵⁹ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, p. 838.

«a meno che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali». Tale facoltà può essere tradotta in diversi modi, in quanto è possibile rimettere la scelta in merito ai giudici nazionali, eventualmente dettando criteri legislativi predeterminati.

Per contro, il trasferimento delle prove è sempre sospeso, anche in assenza di eventuali impellenti esigenze investigative, qualora possa «provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata». Ecco allora che opportunamente il legislatore europeo ha ritenuto di far soccombere le ragioni di efficienza quando vi sono in gioco i diritti fondamentali di un soggetto, sebbene non ogni lesione possa essere ritenuta tale da giustificare la sospensione: ci si deve, infatti, trovare di fronte a «danni gravi e irreversibili alla persona interessata». Locuzione, questa, che sembra restringere non poco le maglie dell'obbligo di sospensione, atteso che la nozione di gravità ed irreversibilità potrebbe condurre a un'applicazione assai rigorosa dell'istituto in questione.

In ogni caso, a seguito della trasmissione dell'atto, «lo Stato di emissione tiene conto del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale» (art. 14, par. 7). Il “tener conto” è una regola di condotta certamente inedita nei sistemi processuali, quantomeno in quello italiano, ma senza dubbio la genericità è inevitabile per una Direttiva che deve considerare le peculiarità di tutti gli Stati membri: ciò ha evidentemente sconsigliato l'uso di una maggiore specificità, o volendo di un maggior tecnicismo processuale.

Per quanto riguarda l'Italia, il “tener conto” è sicuramente una regola di condotta che deve orientare il giudice nella decisione, ma ci si deve chiedere se possa essere un concetto riconducibile anche a una delle categorie di invalidità tipizzate dal nostro codice di rito: nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza. Se da un lato la decadenza e l'inammissibilità sono da escludersi (essendo la prima riferita al compimento di atti entro determinati termini perentori e la seconda relativa alle modalità e i contenuti di presentazione di un atto). Dall'altro lato, anche la categoria delle nullità non pare confacente: non è prevista da nessuna disposizione specifica del d.lgs. n. 108 del 2017, né si possono invocare le nullità generali previste dall'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. Per il principio di tassatività delle nullità, quindi, queste ultime non sembrano trovare applicazione e un'unica eccezione potrebbe rinvenirsi qualora nello Stato di esecuzione l'OEI fosse stato annullato proprio a

causa della violazione del diritto di difesa e, in virtù del principio di equivalenza, tale violazione costituisca una nullità del nostro codice di rito.

Maggiormente percorribile sembra essere la strada dell'inutilizzabilità⁶⁰. Preliminarmente occorre evidenziare che né il codice di rito, né il d.lgs. n. 108 del 2017, prevedono una causa di inutilizzabilità delle prove ottenute in seguito a un decreto di riconoscimento "invalidato" nello Stato di esecuzione⁶¹. Si può però ipotizzare che i divieti probatori discendano direttamente dai motivi di non riconoscimento o non esecuzione di cui agli artt. 11 Direttiva 2014/41/UE e 10 d.lgs. n. 108 del 2017 e, di conseguenza, l'invalidazione del decreto di riconoscimento altro non sarebbe che l'accertamento della violazione di un divieto probatorio *ex art.* 191, comma 1, c.p.p. manifestatosi all'estero⁶². Pertanto, se la comunicazione dell'annullamento del decreto avviene nel corso delle indagini, gli atti raccolti dal pubblico ministero non dovrebbero astrattamente essere utilizzabili per indirizzare le indagini, né riversabili nel fascicolo per il dibattimento, né tantomeno dovrebbero essere posti alla base di contestazioni (art. 500 c.p.p.) e letture (artt. 511 ss. c.p.p.). Se la comunicazione sopraggiunge a dibattimento in corso, con gli atti già acquisiti al fascicolo del giudice, le prove assunte per mezzo dell'OEI rimarranno in tale fascicolo, ma non potranno essere poste, in alcun modo, a fondamento della decisione (né tantomeno dovrebbero indirettamente influenzarla).

A simili conclusioni si può giungere nel caso in cui non sia il decreto di riconoscimento ad essere invalidato, bensì l'atto acquisitivo della prova in territorio straniero. Se si manifesta una nullità all'estero, la stessa potrà essere fatta valere nel nostro ordinamento solo se prevista dallo stesso, in applicazione del principio di equivalenza. Così anche nel caso in

⁶⁰ Dello stesso avviso T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 311: «in definitiva, in caso di OEI annullato, la conseguenza appropriata dovrebbe essere la inutilizzabilità della prova, ma questo esito non è stato chiaramente convenuto nella Direttiva 2014/41/UE. Vi si potrebbe tuttavia pervenire rifacendosi al principio di diritto internazionale generale secondo cui nessuno Stato può compiere atti processuali in territorio straniero in assenza di una espressa previsione normativa o di uno specifico accordo tra i due Stati».

⁶¹ L'unico riferimento normativo all'utilizzabilità si rinviene nell'art. 36 d.lgs. 108/2017, il quale tuttavia disciplina i casi in cui gli atti acquisiti all'estero sono inseriti nel fascicolo del dibattimento o, se facenti parte del fascicolo del pubblico ministero, possono essere letti ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

⁶² In dottrina si è peraltro ipotizzato un ulteriore scenario interpretativo, sia pure nel caso inverso in cui l'Italia agisca quale stato di esecuzione: i risultati probatori ottenuti dallo Stato straniero di emissione, a seguito di un decreto di riconoscimento successivamente dichiarato nullo in Italia, sarebbero da ricondurre non tanto alle ipotesi codificate di invalidità, bensì sarebbero da considerare del tutto inesistenti, *tamquam non essent* (S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 3377). Lo stesso ragionamento potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui sia proprio il giudice italiano a dover "tener conto" di un decreto di riconoscimento successivamente annullato all'estero.

cui la prova fosse dichiarata inutilizzabile per motivi diversi dalla sussistenza dei motivi di non riconoscimento o non esecuzione: il giudice italiano è tenuto a non valutarla solo se l'inutilizzabilità avrebbe potuto interessare anche un atto interno.

In ogni caso, qualora non si ritenesse percorribile la via dell'inutilizzabilità o della nullità, il giudice è comunque tenuto, secondo il principio del libero convincimento, a valutare (“tener conto”) l'intervenuta invalidità del decreto di riconoscimento o dell'atto acquisitivo della prova e a fornire adeguata motivazione sulla decisione di (non) utilizzare gli atti acquisiti all'estero, in relazione ai quali è intervenuto l'annullamento del decreto di riconoscimento che ne è alla base.

6.6. I rimedi in Italia

Sul versante interno, il decreto legislativo di recepimento ha optato per ramificare il tema delle impugnazioni, suddividendole tra lato passivo e lato attivo: sotto il primo punto di vista, è stato introdotto un rimedio *ad hoc* avverso il decreto di riconoscimento (art. 13), dimostrandosi così una netta cesura con il passato, nel quale l'*exequatur* della corte d'appello non era impugnabile⁶³; dal lato attivo, invece, si è specificato che è possibile proporre richiesta di riesame contro gli ordini europei di indagine aventi ad oggetto un sequestro probatorio (art. 28).

6.6.1. I rimedi nella procedura passiva

Innanzitutto, è opportuno segnalare come, sul versante passivo, l'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017 disegni tre differenti rimedi, che possono essere azionati per lamentare l'eventuale sussistenza di motivi di rifiuti non rilevati dal pubblico ministero e per dolersi tanto di vizi genetici, quanto di comunicazione del decreto di riconoscimento⁶⁴.

Il primo – disciplinato all'art. 13, commi 1-4, d.lgs. n. 108 del 2017 – consiste

⁶³ Sul punto v. M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 838.

⁶⁴ Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940; conf. Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491. Sul punto la Relazione illustrativa, op. cit., p. 8, ha precisato che «al fine di non sottrarre del tutto a qualsivoglia controllo di legittimità gli atti esecutivi si è ritenuto necessario prevedere che, ove l'atto non sia altrimenti impugnabile contro lo stesso può essere proposta opposizione davanti al giudice».

In dottrina vi è chi ha sostenuto che «può suscitare qualche perplessità l'aver sottratto ad ogni orma di controllo la decisione del procuratore della Repubblica che neghi l'assistenza richiesta. Se è vero che nelle pratiche di assistenza tradizionali simili provvedimenti non sono impugnabili, è altrettanto vero che l'assenza di qualsivoglia forma di controllo non si adatta bene né al ruolo di parte che il nostro ordinamento giudiziario gli riconosce, né alla necessità, per lo Stato, di assicurare un elevato livello di cooperazione giudiziaria in senso all'Unione europea» (M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1048).

nell'opposizione al decreto di riconoscimento del pubblico ministero: entro cinque giorni⁶⁵ dalla comunicazione dello stesso ai sensi dell'art. 4 al difensore⁶⁶ (ma secondo una «interpretazione correttiva» anche all'indagato⁶⁷), l'indagato e il suo difensore possono proporre opposizione (priva di effetto sospensivo) al GIP, il quale decide, previo parere del procuratore della Repubblica, con ordinanza *de plano*, che può confermare o annullare il decreto di riconoscimento. Tale ordinanza deve, successivamente, essere notificata all'interessato e comunicata al procuratore, il quale è tenuto a informare l'autorità di emissione. Si può subito notare una lieve discrasia tra la normativa di recepimento e quella europea, in quanto quest'ultima richiede che le autorità si informino reciprocamente «sui mezzi di impugnazione» (art. 14, par. 5, Direttiva 2014/41/UE), nozione che certamente abbraccia l'ordinanza conclusiva del procedimento, ma non si limita a quest'ultima. Sarebbe allora forse stato preferibile che, nell'ordinamento interno, fosse previsto un dovere di comunicazione anche dell'eventuale proposizione di un'opposizione e non già solamente della sua conclusione.

Il secondo è previsto per quei casi in cui sia il GIP a dover eseguire, «previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine» (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017). In tal caso non si è di fronte a un mezzo di impugnazione nel senso tecnico del termine, in quanto il GIP può annullare il decreto di riconoscimento del pubblico ministero, in presenza di eventuali motivi di rifiuto non previamente ravvisati, anche d'ufficio, mentre le parti hanno un potere sollecitatorio (art. 13, comma 5, d.lgs. n. 108 del 2017): manca, in altre parole, l'effetto devolutivo dell'impugnazione, atteso che il giudice può in ogni caso vagliare la presenza di motivi di rifiuto ulteriori e diversi rispetto a quelli (anche

⁶⁵ Termine ordinatorio per M. TROGU, *Ordine europeo*, op. cit., p. 1048.

⁶⁶ La comunicazione dell'OIE è espressamente disciplinata dall'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017, secondo il quale «il decreto di riconoscimento è comunicato, a cura della segreteria del pubblico ministero, al difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto. Quando la legge italiana prevede soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza previo avviso, il decreto di riconoscimento è comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo».

⁶⁷ A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea"*, op. cit., p. 169. Di diverso avviso chi ritiene che il riferimento testuale al difensore denoti «che la comunicazione del decreto di riconoscimento non sia dovuta allorché l'atto di cui si chiede il compimento non preveda l'assistenza difensiva» (E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 350. In quest'ultimo senso anche Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048, secondo cui l'art. 4 «ha quindi limitato la comunicazione del decreto di riconoscimento al solo difensore della persona indagata: la ratio di tale scelta deve essere spiegata considerando che, trattandosi di cooperazione giudiziaria tra Stati, nella maggior parte dei casi l'indagato è persona residente nello Stato di emissione dell'OIE (dove sono in corso le indagini). Si è affidata pertanto al solo meccanismo di comunicazione al difensore nominato in Italia la funzione di velocizzare la procedura e al contempo di veicolare "immediatamente" alla persona indagata la conoscenza del provvedimento per consentirle di eccipire rapidamente la presenza di motivi ostativi al riconoscimento e esecuzione dell'OIE».

non) avanzati dalla difesa; effetto devolutivo che, al contrario, caratterizza il primo tipo di opposizione al GIP contro il decreto riconoscimento⁶⁸. Si deve, inoltre, aggiungere che non è previsto un onere, né in capo al GIP, né al pubblico ministero, di comunicazione dell'ordinanza (*rectius*: dell'impugnazione) all'autorità di emissione, ma deve ritenersi che una lettura adeguatrice della disciplina la imponga, perché prevista tanto dall'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017, quanto dall'art. 14, par. 5, Direttiva 2014/41/UE.

Il terzo riguarda l'opposizione al decreto di riconoscimento avente ad oggetto un sequestro probatorio. In questo caso il novero dei soggetti legittimati ad opporsi aumenta: sono espressamente previsti anche la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione; il GIP decide in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p.⁶⁹ – pertanto con una procedura partecipata, anche se la partecipazione è solo facoltativa – e l'ordinanza è ricorribile per cassazione per violazione di legge (*i.e.* art. 606, lett. a), b) e c), c.p.p.). Si può allora notare che in questo caso sembra tornare pienamente operativo il principio devolutivo dell'impugnazione e dunque quest'ultima deve essere intesa in senso tecnico.

La ricorribilità per cassazione, limitata a questa via di ricorso, può essere giustificata dalla maggiore intrusività nella sfera individuale dell'atto di indagine, nonché dall'operatività di una sorta di principio di equivalenza “adattato” (l'ordinanza di riesame interna è infatti ricorribile per cassazione). Tuttavia, vi sono mezzi di indagine forse ancor più lesivi (si pensi alle intercettazioni), per i quali l'opposizione al decreto di riconoscimento, oltre a poter essere azionato solo dopo il loro compiuto svolgimento, non è garantito da un vaglio della giurisprudenza di legittimità. Certamente, non vi è alcun obbligo costituzionale di

⁶⁸ In senso parzialmente analogo Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048, che più genericamente riferisce il principio devolutivo all'intero articolato dell'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017: «premesso, va osservato che il rimedio dell'opposizione disciplinato dal D.Lgs. n. 108 del 2017, art. 13, va qualificato come mezzo di impugnazione in senso tecnico. [...] In assenza di disposizioni che dispongono diversamente, all'opposizione deve essere applicato il principio generale sul contenuto devolutivo dell'impugnazione, limitato pertanto ai capi e ai punti della decisione».

⁶⁹ Nel caso in cui il provvedimento a seguito dell'opposizione venga assunto *de plano*, si è in presenza di una nullità di ordine generale a carattere assoluto. Sul punto v. Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2020, n. 3520 (con note di A. FABBRICATORE, *L'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, pp. 798 ss.; A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in *Giur. It.*, 2019, pp. 2024 ss.; E. LORENZETTO, *Continua la saga dei vizi capitali: contraddittorio violato nell'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2020, pp. 4093 ss.), secondo cui «deve ritenersi, conclusivamente, che il provvedimento che il Giudice assuma “de plano”, senza fissazione dell'udienza in camera di consiglio, al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale e a carattere assoluto per violazione dei diritti di difesa ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c) e art. 179 c.p.p., comma 1, derivandone, conseguentemente, l'annullamento senza rinvio del medesimo».

introdurre il ricorso per cassazione avverso ogni provvedimento del GIP adottato in sede di opposizione, ma si può quantomeno dubitare della coerenza della scelta adottata dal legislatore italiano⁷⁰.

Vi è poi da domandarsi come i terzi interessati possano venire a conoscenza del sequestro probatorio – in quanto non sono destinatari del decreto di riconoscimento⁷¹ – e di conseguenza da quando decorra per loro il termine di cinque giorni previsto per l’opposizione. Se il sequestro afferrisce direttamente ai beni di proprietà dei terzi di cui hanno il possesso non paiono sorgere particolari questioni: il terzo ne viene a conoscenza nel momento in cui viene eseguito e i cinque giorni decorreranno da tale momento. Al contrario, dubbi sorgono in merito a chi ha diritto alla restituzione dei beni, siccome potenzialmente questi soggetti possono venire a conoscenza dell’avvenuto sequestro anche a distanza di molto tempo dall’esecuzione dello stesso (possono infatti essere oggetto del provvedimento beni nel possesso di un soggetto ma di proprietà di un altro). È stata allora ipotizzata la possibilità di individuare il *dies a quo* per l’opposizione «nella data in cui l’interessato ha avuto l’effettiva conoscenza dell’avvenuto sequestro, come previsto dal combinato disposto degli artt. 257 e 324 c.p.p.»⁷². Così disegnato, tuttavia, il rimedio rischia di rivelarsi in concreto infruttuoso per l’opponente nello Stato di esecuzione in quanto verosimilmente gli oggetti sequestrati saranno già stati trasmessi all’estero al momento della decisione del GIP. Il beneficio dell’accoglimento dell’opposizione può comunque considerarsi indiretto, in quanto nello Stato di emissione il giudice precedente dovrà tenere conto dell’annullamento del decreto di riconoscimento ed eventualmente disporre la restituzione dei beni sequestrati (a parti invertite potrebbe trovare applicazione il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate previsto dagli artt. 262 e 263 c.p.p.).

⁷⁰ Sul punto v. S. MARCOLINI, *L’ordine europeo*, op. cit., p. 3379. L’Autore si domanda se «la scelta legislativa di restringere la ricorribilità in cassazione unicamente alla materia dei sequestri a fini di prova sia adeguata e proporzionata. L’invasività di un sequestro nella sfera patrimoniale del soggetto è indubbia; ma quella di un trattamento dei dati esterni del traffico o di una intercettazione nella sfera privata è forse da meno?».

⁷¹ In tal senso anche Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048.

⁷² A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento*, op. cit., p. 2030. L’Autore sottolinea altresì come «la scelta di prevedere una facoltà più ampia di impugnazione al fine di chiedere un approfondimento sui presupposti del riconoscimento dell’ordine potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che l’ordinamento italiano riconosce agli interessati il diritto al riesame e all’appello, in caso di diniego di restituzione dell’oggetto posto in sequestro, nonché la possibilità di ricorrere in Cassazione. La scelta del legislatore sarebbe orientata ad una politica di adeguamento delle modalità previste in tema di impugnazioni del diritto interno all’atto richiesto dall’estero mediante l’introduzione di un ricorso di legittimità anche avverso l’ordinanza resa all’esito dell’opposizione». La giurisprudenza si esprime in senso conforme: Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048.

6.6.2. I rimedi nella procedura attiva

L'art. 28⁷³ d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che, contro l'OEI avente ad oggetto un sequestro probatorio, imputato, indagato, difensore e interessati possano proporre riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p., con espresso ulteriore richiamo agli artt. 322 *bis* e 325 c.p.p. Se per quanto riguarda l'art. 325 c.p.p. il riferimento può essere ritenuto tautologico, in quanto solo in presenza di una disposizione derogatoria il ricorso per cassazione avrebbe potuto essere escluso; dall'altro lato, il richiamo all'appello cautelare (art. 322 *bis* c.p.p.) sembra introdurre un inedito mezzo di impugnazione nei confronti del riconoscimento del sequestro probatorio.

Da una lettura sistematica dei rimedi nei confronti dei vari tipi di sequestro (e delle misure cautelari più in generale) si evince chiaramente che l'appello cautelare ha una funzione residuale rispetto all'istituto del riesame. Nello specifico, l'art. 322 *bis* c.p.p. apre con la clausola di riserva in favore dell'art. 322 c.p.p. («fuori dei casi previsti dall'art. 322») che stabilisce che contro il decreto di sequestro (preventivo) è possibile esperire il riesame. Pertanto, generalmente nei confronti del decreto applicativo del sequestro è azionabile esclusivamente il riesame⁷⁴, mentre l'appello trova spazio avverso il provvedimento di diniego di restituzione delle cose sequestrate⁷⁵.

In tema di OEI, tuttavia, pare che il rapporto di residualità dell'appello venga meno (probabilmente a causa di una «svista legislativa», in quanto i lavori preparatori fanno riferimento al solo riesame⁷⁶). Invero, se si vuole fornire una lettura non abrogativa dell'art. 28

⁷³ Secondo M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 luglio 2017, §3.3, «tale prescrizione altro non fa che formalizzare l'indirizzo giurisprudenziale rinvenibile nella sentenza *Monnier* delle Sezioni Unite, ai sensi del quale il sequestro disposto all'estero presupporrebbe un provvedimento implicito di sequestro interno».

⁷⁴ V., *ex multis*, Cass., Sez. II, 01 ottobre 2015, n. 43341 secondo cui «in tema di misure cautelari reali, il sequestro probatorio è impugnabile solo con la richiesta di riesame, ex art. 325 c.p.p. e, indirettamente, con l'opposizione, ex art. 263 c.p.p., avverso il rigetto della richiesta di restituzione».

⁷⁵ Sul punto v. Cass., Sez. II, 01 ottobre 2015, n. 43341; Cass., Sez. III, 19 dicembre 2019, n. 9986. In dottrina P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Le misure cautelari reali*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano 2015, pp. 443-444: «conseguentemente saranno appellabili: le ordinanze pronunciate dal giudice di rigetto dell'istanza di restituzione o, ancora, di diniego di concessione o di revoca della misura: in altri termini, tutti i provvedimenti comunque adottati da qualsiasi giudice, sia in quelle successive, diversi da quelli impositivi della misura».

⁷⁶ I lavori preparatori, infatti, evidenziano che «in base all'articolo 28, l'ordine europeo di indagine relativo al sequestro a fini probatori può essere impugnato dall'indagato, dall'imputato, dal loro difensore, dalle persone alle quali il bene oggetto di sequestro viene sottratto. Si procede con una richiesta di riesame da presentare al tribunale entro 10 giorni dal sequestro, con le modalità previste dal codice di rito per l'impugnazione delle misure cautelari reali (art. 324 c.p.p.)» (*Norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale. Atto del Governo n. 405. Art. 1, L. 9 luglio 2015, n. 114 – Scheda di lettura*).

d.lgs. n. 108 del 2017, dovrebbe ritenersi che contro un OEI impositivo di un sequestro probatorio siano azionabili tanto l'appello cautelare quanto il riesame. Una soluzione, questa, che certamente causa una disparità di trattamento tra un sequestro probatorio “nazionale” e un sequestro probatorio “europeo”, ma che non sembra presentare profili di incostituzionalità. Quest'ultimo, infatti, sarà sulla carta maggiormente tutelato, ma in concreto è difficilmente immaginabile che le difese ricorreranno all'appello cautelare, in quanto strumento dai contorni applicativi ben più ristretti rispetto al riesame (mezzo di gravame puro quest'ultimo, a differenza del primo). Al più, si potrebbe ipotizzare che l'appello sia esperibile nei confronti di OEI aventi ad oggetto il sequestro di prevenzione, «anche se resterebbe incerta la disciplina applicabile [...] oltre che poco comprensibile il riferimento nella rubrica dell'art. 28 d.lgs. 108/2017 al solo sequestro “a fini di prova”»⁷⁷.

6.6.3. La sospensione della trasmissione degli atti

Dal punto di vista degli effetti sospensivi della trasmissione degli atti di indagine, la normativa interna è solo parzialmente allineata a quella comunitaria.

L'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce, analogamente all'art. 14, par. 6, Direttiva 2014/41/UE, che «l'opposizione non ha effetto sospensivo dell'esecuzione dell'ordine», ma subito dopo precisa che l'effetto non sospensivo si estende anche alla «trasmissione dei risultati delle attività compiute», ma il pubblico ministero «può comunque non trasmettere gli atti» se può «derivarne grave e irreparabile danno» agli interessati (indagato, imputati e terzi). Così agendo, tuttavia, il legislatore italiano si è discostato sotto due aspetti dalla Direttiva: non ha trasposto il motivo di sospensione facoltativo di cui all'art. 13, par. 2, Direttiva 2014/41/UE («il trasferimento delle prove *può essere sospeso* in attesa di una decisione relativa ad un mezzo d'impugnazione»), ma proprio la sua natura non mandatoria potrebbe eventualmente (ma non condivisibilmente) giustificare una mancata implementazione; e ha facoltizzato quello che nella Direttiva è un obbligo («il trasferimento delle prove è *sospeso* se può provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata»). Sarebbe forse stato più opportuno prevedere l'introduzione del citato motivo di rifiuto facoltativo e l'obbligatorietà di quello attualmente previsto, sebbene quest'ultimo possa già essere reso tale per mezzo di un'interpretazione conforme del diritto nazionale con quello europeo.

⁷⁷ E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE-R. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Torino 2018, p. 178.

Inoltre, vi è chi ha evidenziato che «è sembrato alquanto discutibile che la decisione circa la sospensione venga data al procuratore»⁷⁸, atteso che l'opposizione è presentata al GIP: linea interpretativa, questa, da sposarsi pienamente, anche in considerazione del fatto che, normalmente, le decisioni in merito alla sospensione degli atti vengono prese dal giudice *ad quem*.

6.6.4. *Le ricadute di Gavanozov II nell'ordinamento interno*

La sentenza *Gavanozov II*, oltre a fornire una tutela maggiore di quella prevista dall'art. 111 della nostra Costituzione, potrebbe determinare effetti dirompenti nell'ordinamento italiano. Il nostro sistema, infatti, non contempla una possibilità generalizzata di impugnazione contro gli atti di indagine e ciò potrebbe comportare il rischio che gli stessi non possano essere oggetto di un OEI o che, se emesso, questo venga successivamente rifiutato nello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE.

Il nostro codice di rito e il d.lgs. n. 108 del 2017, ad oggi, prevedono che possano essere impugnati solamente il sequestro probatorio (art. 257 c.p.p.) e il decreto di perquisizione non seguita da sequestro (art. 252 *bis* c.p.p.), mentre per tutti gli altri atti di indagine è garantito esclusivamente un controllo giudiziale in sede dibattimentale, con conseguente eventuale inutilizzabilità degli atti compiuti qualora questi vengano inseriti nel fascicolo per il dibattimento (in caso contrario, infatti, anche tale controllo giudiziale sarebbe precluso dalla collocazione degli atti nel fascicolo del pubblico ministero). Questo vaglio dibattimentale benché ritenuto, in casi specifici, dalla Corte EDU sufficiente per la tutela del diritto a un ricorso effettivo, tale non sembra essere per la Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che l'inutilizzabilità dell'atto di indagine non sia una garanzia adeguata.

Non si possono negare le ricadute pratiche di una simile impostazione, dal momento che vi è il concreto pericolo che, qualora venisse introdotto nel nostro ordinamento un rimedio generalizzato contro tutti gli atti di indagine, il sistema giudiziario collasserebbe sotto i potenziali numerosissimi ricorsi che le difese degli interessati potrebbero presentare. Sarebbe allora necessario che un eventuale rimedio ad ampio spettro di tal fatta fosse controbilanciato da un effetto non sospensivo dell'atto e sanzionato, nel caso in cui fosse manifestamente infondato o chiaramente dilatorio, da una deterrente sanzione pecuniaria da versare alla Cassa delle Ammende (come peraltro già previsto in tema di ricorso in Cassazione e di

⁷⁸ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione*, op. cit., p. 838.

opposizione *ex art. 410 bis c.p.p.*).

In ogni caso, un rimedio preventivo, inteso come rimedio pre-dibattimentale, ossia che si incardina prima del giudizio, potrebbe garantire indirettamente il principio di ragionevole durata del processo. Invero, può accadere che la prova raccolta all'estero in fase investigativa sia di centrale importanza nell'economia del processo. Espungere questa prova prima del dibattimento potrebbe rendere quest'ultimo superfluo, in assenza di altri elementi idonei a dimostrare la colpevolezza dell'imputato.

Tuttavia, è verosimile ritenere che l'interpretazione appena fornita – in linea con la *ratio* della decisione e con l'impianto normativo della Direttiva 2014/41/UE – non sarà accolta dalla Corte di cassazione. Nonostante il *self-restraint* degli ultimi anni sul tema dell'inutilizzabilità, la Cassazione non è nuova a interpretazioni di fatto “disapplicanti” il diritto dell'Unione. Si pensi, infatti, in tema di diritto alla traduzione degli atti, che nonostante le disposizioni della Direttiva 2010/64/UE⁷⁹ e dell'art. 143 c.p.p., il supremo consesso ha sostenuto in taluni arresti che è onere dell'avvocato domiciliatario quello di tradurre gli atti al proprio cliente⁸⁰. Peraltro, anche in tema di ricorso contro il decreto di riconoscimento di un OEI, parte della giurisprudenza ha ritenuto che la omessa comunicazione di quest'ultimo, dovuta *ex lege*, rappresenti una mera irregolarità e non una causa di nullità, così di fatto

⁷⁹ L'art. 3 Direttiva 2010/64/UE stabilisce «che gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale ricevano [gratuitamente], entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento». Sul punto la C.G.U.E, Sez. I, 01 agosto 2022, *T.L. (Ministério Público)*, C-242/22 ha sancito che «l'articolo 2, paragrafo 1, e l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, nonché l'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, letti alla luce dell'articolo 47 e dell'articolo 48, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dei diritti sanciti da dette disposizioni di tali direttive dev'essere invocata dal beneficiario di detti diritti entro un termine determinato, a pena di decadenza, quando questo termine inizia a decorrere ancor prima che l'interessato sia stato informato, in una lingua che egli parla o comprende, da un lato, dell'esistenza e della portata del suo diritto all'interpretazione e alla traduzione e, dall'altro, dell'esistenza e del contenuto del documento fondamentale in questione nonché degli effetti collegati a quest'ultimo».

⁸⁰ Così parte della giurisprudenza di legittimità. V. *ex multis*, Cass., Sez. V, 6 novembre 2017 n. 57740 e Cass., Sez. II, 16 marzo 2017, n. 31643, secondo cui «l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotta è escluso ove lo stesso abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia, non verificandosi in tale ipotesi alcuna lesione concreta dei suoi diritti». Più recentemente pare esservi stato un dovuto e opportuno *révirement*: «l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotta, non irreperibile, né latitante, sussiste - a pena di nullità *ex art. 178, lett. c)*, cod. proc. pen. - anche nel caso in cui egli abbia eletto domicilio presso il difensore, avendo quest'ultimo solo l'obbligo di ricevere gli atti destinati al proprio assistito, ma non anche quello di procedere alla loro traduzione» (Cass., Sez. I, 26 ottobre 2021 n. 40584; in senso conforme Cass., Sez. VI, 7 luglio 2021, n. 30143).

privando l'interessato di ogni tutela⁸¹. È pertanto plausibile che il giudice della nomofilachia ritenga sufficiente, quale mezzo di impugnazione, la possibilità di far dichiarare inutilizzabile l'OEI emesso in assenza dei requisiti richiesti o eseguito in pregiudizio dei diritti fondamentali dell'individuo.

Questa soluzione, tuttavia, scontrerebbe un problema di fondo: l'inutilizzabilità si pone ad esclusivo appannaggio delle parti processuali, mentre *Gavanozov II* richiede che un mezzo di impugnazione sia azionabile anche dai terzi interessati. Di conseguenza, se si volesse ritenere l'inutilizzabilità un rimedio adeguato (e certamente per gli indagati/imputati potrebbe esserlo), questa non sarebbe da sola sufficiente in assenza di un rimedio generalizzato che consenta anche a chi non è accusato, ma solamente interessato dall'atto di indagine, di potersi dolere delle modalità di esecuzione dello stesso. In altre parole, l'inutilizzabilità non sarebbe una panacea in grado di evitare la totale disapplicazione della normativa interna (in tema di OEI) per contrasto con il diritto dell'Unione; al contrario, consentirebbe esclusivamente di poter utilizzare l'OEI per tutti quei casi riguardanti la sola persona dell'indagato.

6.6.5. *Gavanozov II e dovere di disapplicazione in Italia*

Ci si deve, allora, domandare, in applicazione della lettura (eccessivamente) garantista di *Gavanozov II*, quale possa essere la sorte interna di un OEI.

Dal lato attivo, l'autorità competente (pubblico ministero o giudice) dovrà riconoscere ed eseguire l'OEI, dal momento che l'appartenenza all'Unione presuppone (o meglio dovrebbe presupporre) il rispetto dei diritti garantiti dalla stessa. Non si può, infatti, imporre in capo al pubblico ministero un dovere di verificare la legislazione di ogni Stato membro per vagliare la sua conformità ai principi dettati dalla sentenza *Gavanozov II* (fatti salvi casi eccezionali di condanna della Corte EDU nei confronti del Paese in questione), a maggior ragione se si considera che, in seguito alla citata pronuncia della Corte del Lussemburgo, l'autorità di emissione non dovrebbe adottare un OEI se il proprio ordinamento non prevede

⁸¹ Cass., Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885. Di contrario avviso una giurisprudenza più risalente Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, condivisa anche dalla dottrina (M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 aprile 2019; S. MARCOLINI, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 3374; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 33)

rimedi effettivi⁸²; inoltre, uno stringente controllo sulla legislazione dell'altro Paese vanificherebbe la celerità che anima lo strumento in esame e minerebbe il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca. Si può allora immaginare che sarà compito della difesa, in sede di opposizione al decreto di riconoscimento, prospettare la violazione dell'art. 11, par. 1, lett. f), Direttiva 2014/41/UE (così come trasposto dall'art. 10 d.lgs. n. 108 del 2017), in quanto la stessa dovrebbe essere a conoscenza della legislazione dello Stato membro di emissione e se questa prevede o meno mezzi di impugnazione effettivi contro gli atti di indagine.

L'impossibilità pratica di porre in capo al pubblico ministero tale verifica pare confermata anche dal principio *iura novit curia* che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, è applicabile solo nei confronti dei giudici e non anche delle parti del processo, con la conseguenza che il pubblico ministero, essendo la parte pubblica, non è tenuto a conoscere nel dettaglio tutte le legislazioni allogene. Per contro, il principio in esame torna ad operare compiutamente in tutti quei casi in cui è il giudice a dover riconoscere un OEI proveniente da un Paese terzo, dal momento che, secondo la Suprema Corte, anche nel processo penale trova applicazione l'art. 14 della l. 31.5.1995 n. 218, il quale prescrive che l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice e che, a tal fine, lo stesso può avvalersi sia degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, sia di informazioni acquisite per il tramite del Ministero della Giustizia, oltre a poter interpellare esperti o istituzioni specializzate⁸³.

Dal punto di vista attivo, invece, ad oggi l'Italia dovrebbe emettere un OEI solo nel caso in cui abbia ad oggetto un sequestro probatorio o una perquisizione, in quanto non sono previsti rimedi interni contro gli altri atti di indagine. Per dirla diversamente, l'Italia dovrebbe disapplicare la normativa interna di attuazione della Direttiva 2014/41/UE perché in violazione della normativa europea, fatta eccezione per gli ordini riguardanti i sequestri probatori e le perquisizioni. Tuttavia, qualora ciò accadesse, sarebbe innanzitutto onere dello Stato di esecuzione rifiutare l'OEI richiesto. Se, però, l'ordine venisse riconosciuto ed

⁸² A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., p. 129, secondo cui «l'autorità di esecuzione dovrà anzitutto valutare – *ex officio*, stante la difficoltà che l'indagato possa dare il suo contributo ove si consideri la segretezza che caratterizza la procedura – se sussistano “elementi oggettivi, attendibili, precisi” sulla possibile violazione di un diritto umano».

⁸³ Cass., Sez. III, 18 ottobre 2018, n.4979. In termini Cass., Sez. VI, 5 novembre 2009 n.49532 per la quale «va affermato l'ulteriore principio di diritto per cui il principio posto dalla L. n. 218 del 1995, art. 14, - secondo cui l'accertamento della legge straniera è compiuto anche d'ufficio dal giudice, eventualmente tramite il Ministero della giustizia o esperti o istituzioni specializzate (comma 1) ovvero con l'aiuto delle parti interessate (comma 2) - deve intendersi come principio generale del sistema, rilevante pure nel procedimento penale, in ogni caso in cui l'applicazione della legge penale presupponga l'accertamento di un dato normativo straniero».

eseguito, quale sarebbe la sorte degli atti trasmessi all'Italia in violazione della normativa europea?

In primo luogo, non pare possa farsi riferimento alla dottrina del *male captum bene retentum*, che ha ricevuto autorevoli avalli tanto dalla Corte costituzionale⁸⁴ quanto dalla Corte di cassazione⁸⁵, atteso che nelle occasioni in cui si sono pronunciate la questione verteva sulla possibilità di rinvenire nell'ordinamento l'istituto dell'inutilizzabilità derivata. Nel caso di specie, al contrario, gli atti compiuti all'estero non discendono da un atto investigativo precedente illegittimo (per esempio un sequestro preceduto da una perquisizione illegittima), bensì sono diretta applicazione di un ordine che non avrebbe dovuto *tout court* essere emesso per effetto della disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella comunitaria.

Ciononostante, non si può ritenere che la prova assunta in violazione del diritto dell'Unione europea possa fare ingresso ed essere utilmente valutata dal giudice ai fini della decisione finale. Per giungere a questa conclusione, si possono immaginare due scenari che poggiano entrambi sull'interpretazione dell'art. 191 c.p.p., la cui «vaghezza linguistica presta il fianco a interpretazioni del tutto opposte»⁸⁶. Come noto, infatti, l'art. 191 c.p.p. stabilisce che non possono essere utilizzate le prove acquisite «in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», ma è proprio l'ampiezza del termine *divieti* che può comportare divergenze esegetiche. In dottrina e in giurisprudenza, infatti, si discute circa l'esistenza di divieti impliciti o che discendono dal contrasto con norme costituzionali (c.d. prova incostituzionale).

I divieti impliciti derivano non da un divieto espressamente imposto dalla legge (sul quale *nulla quaestio*), ma possono essere ricavati *a contrario* da prescrizioni impositive di determinati obblighi che, se violate, rendono il risultato probatorio acquisito del tutto inutilizzabile. Peraltro, non esistendo un principio di tassatività⁸⁷ delle ipotesi di inutilizzabilità (a differenza di quanto previsto in tema di nullità), vi è chi ha sostenuto che non si potrebbe circoscrivere quest'ultima ai soli casi di violazione di un divieto espresso e sanzionato con l'invalidità in questione⁸⁸. Si pensi, per fare un esempio, alle dichiarazioni non verbalizzate

⁸⁴C. cost., 3 ottobre 2019, n. 219, §5. Esclude l'esistenza dell'inutilizzabilità derivata anche C. cost., 26 novembre 2020, n. 252, §3.1.; C. cost., 27 settembre 2001 n. 332.

⁸⁵ Ancora recentemente v. Cass., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605.

⁸⁶ A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, p. 323.

⁸⁷ Secondo C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet 2015, p. 111 «l'aspirazione verso la tassatività si è rivelata un'utopia».

⁸⁸ F.R. DINACCI, *Le regole generali delle prove, Procedura penale – Teoria e pratica del processo*, a cura di G. SPANGHER ET AL., Utet, 2015, p. 795. Sullo specifico tema dell'OEI si è sostenuto che «non pare invocabile,

né sottoscritte rese dall'indagato alla polizia giudiziaria e da questa riportate in una annotazione di polizia giudiziaria redatta ai sensi dell'art. 357 c.p.p., che sono, stante l'omessa verbalizzazione, inutilizzabili, a prescindere da un'espressa causa di inutilizzabilità⁸⁹. Si potrebbe dunque ritenere che l'interpretazione della Corte di Giustizia della Direttiva 2014/41/UE abbia sancito un inedito divieto di emissione dell'ordine, in quanto previsto da una fonte sovranazionale, e perciò anche un divieto implicito di ammissione e di assunzione della relativa prova, con conseguente inutilizzabilità dei risultati probatori eventualmente acquisiti.

In ogni caso, a prescindere da quale sarà l'interpretazione che si andrà affermando in dottrina e in giurisprudenza, non può non rilevarsi come sarebbe il legislatore a doversi fare carico di un tema che rischia di condurre alla creazione di rilevanti problemi dal punto di vista pratico (oltre che dogmatico).

6.6.6. Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di riconoscimento dell'OEI

I primi problemi applicativi della disciplina italiana non si sono fatti attendere e la Corte di cassazione è già stata chiamata in causa, offrendo soluzioni tuttavia non sempre uniformi. Le questioni possono essere riassunte nei seguenti termini: 1) qual è il mezzo di impugnazione esperibile contro il sequestro probatorio eseguito a seguito del decreto di riconoscimento di un OEI? Il solo rimedio previsto dall'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017 ovvero anche il riesame? 2) se il decreto di riconoscimento non viene comunicato nei termini previsti dall'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017, quali sono le conseguenze processuali e i relativi rimedi?

Con riferimento al primo dei due quesiti, un orientamento giurisprudenziale sostiene che «il decreto di riconoscimento dell'o.i.e. avente ad oggetto il sequestro a fini di prova può essere impugnato [...] attraverso un'opposizione presentata al GIP a norma dell'art. 13 comma 7, D.Lgs. cit., mentre i verbali degli atti d'indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell'indagato ha il diritto di assistere, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 4, comma 8, D.Lgs. cit., sono depositati nella segreteria del P.M. ai sensi dell'art. 366 c.p.p., comma 1, cui lo stesso art. 4, comma 8, formalmente rinvia, in tal

in quest'ambito, la tesi in base alla quale i divieti probatori dovrebbero essere espressamente previsti attraverso formule normative tali da individuare chiaramente l'assenza di un potere istruttorio» (M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in M. DANIELE E R. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 182.

⁸⁹ Cass., Sez. VI, 6 novembre 2017, n. 56995.

guisa consentendo, per gli atti richiesti nell'o.i.e., la esperibilità di mezzi di impugnazione “equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo”, sì come espressamente stabilito dall'art. 14, par. 1, Direttiva»⁹⁰. Nel caso di sequestro, perciò, per mezzo del riesame⁹¹.

Di segno totalmente opposto, invece, un secondo filone interpretativo, il quale ritiene che «nel sistema di cooperazione passiva delineato dal decreto legislativo impugnabile è il solo decreto di riconoscimento e non in modo autonomo e diretto l'atto di indagine. La Direttiva, pur richiedendo agli Stati membri di assicurare mezzi di impugnazione “equivalenti” a quelli disponibili in un caso interno analogo, ha espressamente delimitato il sindacato delle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione sull'atto di indagine, stabilendo che “le ragioni di merito dell'emissione dell'o.e.i. possono essere impugate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione»⁹². Peraltro, ammettere due differenti mezzi di impugnazione comporterebbe gravi ripercussioni sull'economicità processuale, creerebbe scompensi sistematici (il riesame è infatti espressamente previsto per la procedura attiva ma non anche per quella passiva)⁹³ e potrebbe finanche determinare decisioni contrastanti tra loro, irrimediabili in mancanza di un meccanismo legislativo di coordinamento.

Sul punto, non è mancato chi ha ritenuto che la scelta legislativa suscitò «ragionevoli perplessità, poiché si finisce così per sottrarre definitivamente a qualsivoglia sindacato atti che, in quanto regolati dalla legge interna, dovrebbero rinvenire in essa anche le condizioni della loro legittimità»⁹⁴ e che difficilmente possono trovare strumenti di tutela nell'ordinamento dello Stato di emissione.

Certo è che, quantomeno astrattamente, potrebbe immaginarsi anche una terza intermedia via interpretativa, che distingue tra vizi sostanziali e formali del decreto di sequestro probatorio emesso dal pubblico ministero. Generalmente il riesame è azionato per dolersi dei primi, vale a dire per lamentare l'insussistenza delle esigenze investigative poste alla

⁹⁰ Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, n. 14413, con nota di M. DANIELE, *Il riconoscimento “di fatto”*, op. cit.; conf. Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320 (con nota di M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 marzo 2019; R.M. GERACI, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. Pen.*, 2019, pp. 3184 ss.); Cass., Sez. III, 29 novembre 2018, n. 4979.

⁹¹ In dottrina sono favorevoli G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *Gur. It.* 2019, p. 2536; R.M. GERACI, *Ordine europeo di indagine*, op. cit., p. 3195.

⁹² Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491; conf. Cass., Sez. VI, 29 settembre 2020, n. 30885; Cass., Sez. III, 29 novembre 2018 n. 4244; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940.

⁹³ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, op. cit. Analogamente, in relazione all'esperimento del solo rimedio ex art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017, S. MARCOLINI, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 3378.

⁹⁴ T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, pp. 308-309.

base del decreto di sequestro ovvero la non riferibilità della *res* quale corpo del reato o cosa pertinente al reato: motivi chiaramente che ineriscono al merito e che, in conformità alla Direttiva 2014/41/UE, devono essere contestati nello Stato di emissione. In relazione a vizi meramente formali dell'atto, casi quasi di scuola quali la mancanza di sottoscrizione del decreto o l'emissione dello stesso nei confronti di un soggetto manifestamente errato (eventualmente diverso da quello indicato nel decreto di riconoscimento dell'OEI), si potrebbe invece giungere a diverse conclusioni. In tal caso, infatti, non si sarebbe in presenza di motivi di merito, ma di vizi che potrebbero porre in discussione la stessa esistenza giuridica del decreto di sequestro, in relazione a motivi che non incidono in alcun modo sulle esigenze probatorie alla base dello stesso.

Una simile soluzione non pare in realtà essere allo stato percorribile, in quanto il riesame, essendo un mezzo di gravame puro e totalmente devolutivo, impone una rivalutazione a 360 gradi della vicenda, tanto da un punto di vista sostanziale quanto formale. Sarebbe forse opportuno che il legislatore italiano, anche al fine di salvaguardare il principio di equivalenza dei rimedi, intervenisse per rendere “riesaminabile parzialmente” anche il decreto di sequestro interno, limitatamente però alle ipotesi di vizi esclusivamente formali e non di merito.

Questioni ancora più complesse sorgono dal secondo dei quesiti sopra prospettati.

Nella prassi si sono infatti verificati casi in cui il decreto di riconoscimento è stato comunicato tardivamente o non è *tout court* stato comunicato, in palese contrasto con l'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017, e «la cui gravità, verrebbe da dire, si commenta da sé»⁹⁵. Salvo il caso di estrema accortezza del difensore o di tardività nella trasmissione degli atti allo Stato di emissione, vi è il rischio che la decisione del GIP sull'opposizione intervenga quando l'OEI è già stato eseguito e i relativi verbali trasmessi all'estero. Pur non essendo coperta da un effetto sospensivo generalizzato, l'opposizione potrebbe comunque prospettare quel grave e irreparabile danno che consente (impone secondo l'interpretazione conforme sopra prospettata) al pubblico ministero di non trasmettere gli atti allo Stato di emissione. Pertanto, una comunicazione tardiva od omessa del decreto di riconoscimento può causare un'evidente lesione del diritto di difesa della persona interessata, anche in considerazione del fatto che, se l'opposizione venisse accolta tempestivamente, la successiva trasmissione non potrebbe avere luogo.

⁹⁵ E. LORENZETTO, *Continua la saga dei vizi capitali*, op. cit., p. 4096.

Nel tentativo di risolvere i problemi appena prospettati, la giurisprudenza ha fornito risposte ondivaghe.

Secondo un primo e (poco) più risalente orientamento, condiviso dalla dottrina⁹⁶, la tempestiva comunicazione del decreto di riconoscimento presenta una duplice veste. Da un lato, consente «alla parte interessata la possibilità di tutelarsi eccependo immediatamente la presenza di eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione»⁹⁷; dall'altro, i citati motivi di rifiuto, se ritenuti sussistenti tempestivamente (*i.e.* quando l'esecuzione è ancora in corso), possono impedire «la trasmissione di tutta o di buona parte dei risultati di prova in tal modo acquisiti sul territorio dello Stato alla richiedente autorità dello Stato membro di emissione»⁹⁸.

Alla luce di tali argomentazioni, la mancata o tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento non può che comportare una lapalissiana violazione del diritto di difesa, con conseguente nullità di ordine generale a regime intermedio per violazione delle disposizioni concernente l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato (artt. 178, comma, 1 lett. c) e 179, comma 1, c.p.p.), in quanto impedisce «all'indagato e al suo difensore di proporre tempestiva opposizione al GIP nei modi e nei termini previsti dall'art. 13» d.lgs. n. 108 del 2017⁹⁹.

Più recentemente, però, si è registrato un contrapposto orientamento, «che al tempo stesso stupisce ed allarma»¹⁰⁰, secondo il quale la mancata o tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento costituirebbe una semplice irregolarità (non dunque una nullità)¹⁰¹, e il cui effetto sarebbe semplicemente quello di posticipare il *dies a quo* di decorrenza del termine per impugnare. Tale impostazione si fonda su tre argomentazioni. In primo luogo, si osserva che l'OEI non è un atto ricettizio e che, di conseguenza la sua valida esecuzione non è subordinata alla comunicazione all'indagato, bensì esclusivamente al (motivato) riconoscimento effettuato dalla procura distrettuale. In secondo luogo, la legge non riserverebbe all'indagato alcun diritto soggettivo alla sospensione dell'esecuzione di un OEI, anche

⁹⁶ M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto"*, op. cit.; G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, op. cit., p. 2535.

⁹⁷ Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, n. 14413.

⁹⁸ Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, n. 14413.

⁹⁹ Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320. In tal senso anche S. MARCOLINI, *L'ordine europeo*, op. cit., p. 3374.

¹⁰⁰ R.M. GERACI, *Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2019, 5, p. 1163.

¹⁰¹ Cass., Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885.

qualora questo sia stato riconosciuto illegittimamente. Come diretto corollario, in terzo luogo, non vi sarebbe alcuna limitazione del diritto di difesa, atteso che lo Stato di emissione è tenuto a considerare gli effetti delle decisioni emesse nello Stato di esecuzione. In altre parole, «l'accoglimento dell'opposizione con il conseguente annullamento del decreto di riconoscimento» integrerebbero «un titolo che lungi dal rivelarsi inutile, consente di invalidare gli atti di indagine eventualmente compiuti e che per quanto già trasmessi allo Stato di emissione, possono essere impugnati con i mezzi previsti dal relativo ordinamento»¹⁰².

Aderendo a questo secondo orientamento vi è però da domandarsi cosa accadrebbe se il decreto di riconoscimento non venisse mai comunicato (e l'indagato ne venisse a conoscenza, per esempio, nel corso del processo tenuto all'estero). Al di là di eventuali profili di responsabilità disciplinare determinati dal mancato compimento dell'atto dovuto (responsabilità che potrebbero astrattamente sussistere anche in caso di comunicazione ritardata)¹⁰³, sembra che sia prospettabile una chiara violazione del diritto di difesa, con conseguente nullità di ordine generale a regime intermedio *ex artt.* 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p. e annullamento del decreto di riconoscimento.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, è sicuramente da prediligere il primo degli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza, che ha ricevuto significativi avalli anche in dottrina. La previsione di una nullità a regime intermedio, infatti, oltre a fornire una maggiore garanzia difensiva al soggetto interessato, potrebbe evitare il proliferare di differenti rimedi riguardanti situazioni analoghe. In particolare, si eviterebbe che alla mancata comunicazione del decreto di riconoscimento conseguiva una nullità a regime intermedio, mentre alla comunicazione tardiva una mera irregolarità non suscettibile di alcuna invalidità processuale.

Infine, un ulteriore punto meritevole di attenzione riguarda la trasmissione delle prove all'estero, la quale è tutt'altro che un atto "neutro" per le persone coinvolte, dal momento che possono venire in gioco interessi costituzionalmente garantiti che devono trovare adeguata tutela: diritto di difesa, diritto alla riservatezza, inviolabilità del domicilio e segretezza delle comunicazioni, solo per citarne alcuni.

Non pare dunque pienamente condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, ispirato probabilmente ad un certo "pragmatismo conservativo", che limita il diritto di difesa interno

¹⁰² Cass., Sez. VI, 29 settembre 2020, n. 30885.

¹⁰³ Fa riferimento alla responsabilità disciplinare del magistrato G. MAZZA, *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 10, p. 1351.

a fronte del dovere dello Stato di emissione di “tener conto” di un eventuale annullamento del decreto di riconoscimento in Italia. L’annullamento, infatti, può intervenire in una fase avanzata del processo all’estero (o non intervenire affatto se il decreto di riconoscimento non viene comunicato).

6.7. I rimedi nelle legislazioni straniere e considerazioni conclusive

La Francia ha adottato una soluzione diversa dall’Italia, in quanto non ha dettato pressoché nessuna disposizione concernente i rimedi nella procedura attiva¹⁰⁴, supponendo dunque l’operatività del principio di equivalenza; per contro, nella procedura passiva, l’art. 694-41 CPPF¹⁰⁵ prevede che contro un atto richiesto con un OEI (non, dunque, contro il decreto di riconoscimento) sia esperibile un ricorso, privo di effetti sospensivi, «*dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités*» di un atto interno, con l’unica precisazione che non possono essere contestate le ragioni di merito che ne sono alla base.

Il Lussemburgo ha operato una scelta ancora differente, atteso che né nella procedura attiva, né in quella passiva è stata introdotta alcuna disposizione relativa all’equipollenza dei rimedi, con la conseguenza che deve ritenersi operativo il principio di equivalenza in entrambe le situazioni.

Anche in Spagna si è preferito non disciplinare i rimedi nella procedura attiva, ma dettare una disposizione generale (art. 24 LRMRP¹⁰⁶) valida per tutti gli strumenti di mutuo

¹⁰⁴ Salvo prevedere l’obbligo di comunicazione all’autorità di esecuzione delle eventuali impugnazioni azionate in Francia. L’art. D47-1-4 PR-CPPF stabilisce infatti che «*si un recours est formé contre la décision d’enquête européenne, le magistrat ayant émis cette décision en informe l’autorité d’exécution, ainsi que de l’issue de ce recours.*

Le non-respect de cette obligation d’information ne constitue toutefois pas une cause de nullité.

¹⁰⁵ «*Lorsque des mesures exécutées sur le territoire national en application d’une décision d’enquête européenne auraient pu, si elles avaient été exécutées dans le cadre d’une procédure nationale, faire l’objet d’une contestation, d’une demande de nullité ou de toute autre forme de recours en application des dispositions du présent code, ces recours peuvent, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, être formés contre ces mesures par les personnes intéressés. Ces personnes sont informées de leur possibilité d’exercer ces recours lorsque cette information est prévue par les dispositions du présent code.*

Ces recours ne suspendent pas l’exécution de la mesure d’enquête, sauf si cette suspension est prévue par les dispositions du présent code.

Ne peuvent être invoqués à l’appui de ces recours les motifs de fond à l’origine de la décision d’enquête européenne, qui ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l’Etat d’émission.

Le non-respect des délais d’exécution de la demande d’enquête européenne ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis. Inoltre, ai sensi dell’art. D47-1-16 «*si un recours est formé contre la reconnaissance ou l’exécution de la décision d’enquête européenne, le magistrat saisi en informe l’autorité d’émission, ainsi que de l’issue de ce recours*».

¹⁰⁶ «*1. Contra las resoluciones dictadas por la autoridad judicial española resolviendo acerca de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo se podrán interponer los recursos que procedan en cada caso conforme a las reglas generales previstas en la ley procesal vigente.*

riconoscimento. In particolare, si è scelto di introdurre un rimedio impugnatorio (non appellabile) avverso i decreti di riconoscimento «*conforme a las reglas generales en la ley procesal vigente*», precisando che i motivi di merito possono essere contestati solo nello Stato di emissione.

In Portogallo, l'art. 45 l. 88/2017¹⁰⁷ differenzia tra procedura attiva e procedura passiva, prevedendo in entrambi i casi che possano essere azionati rimedi analoghi a quelli interni e precisando, per la seconda, che gli atti impugnabili sono le «*decisões judiciais relativas às formalidades e procedimentos de execução da medida de investigação*». Anche la legislazione lusitana, infine, in ottemperanza alla Direttiva, precisa che i motivi di merito sono contestabili esclusivamente nello Stato di emissione.

L'art. 91i IRG¹⁰⁸ tedesco non stabilisce nulla in relazione alla procedura attiva; per contro, però, prevede, con una serie complessa di rinvii, che siano impugnabili le decisioni sul

2. La autoridad judicial competente comunicará a la autoridad judicial del Estado de emisión tanto la interposición de algún recurso y sus motivos como la decisión que recaiga sobre el mismo.

3. Los motivos de fondo por los que se haya adoptado la orden o resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión.

4. Contra las resoluciones del Ministerio Fiscal en ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo no cabrá recurso, sin perjuicio de las posibles impugnaciones sobre el fondo ante la autoridad de emisión y de su valoración posterior en el procedimiento penal que se siga en el Estado de emisión».

¹⁰⁷ «1. São asseguradas vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes.

2. Os fundamentos materiais subjacentes à emissão de uma DEI só podem ser impugnados no Estado de emissão.

3. Sendo Portugal o Estado de emissão, o recurso da decisão judicial que ordena a medida de investigação e, conseqüentemente, a emissão da DEI, rege -se, quanto à admissibilidade e regime, pelo disposto no Código de Processo Penal.

4. Sendo Portugal o Estado de execução é admissível recurso perante os tribunais portugueses de decisões judiciais relativas às formalidades e procedimentos de execução da medida de investigação, nos termos previstos no Código de Processo Penal quanto à admissibilidade e regime.

5. A informação sobre a possibilidade de, nos termos do direito interno, ser interposto recurso é prestada à pessoa ou pessoas visadas pela medida de investigação, se tal não comprometer a necessidade de garantir a confidencialidade da investigação.

6. A autoridade de emissão e a autoridade de execução informam -se mutuamente acerca dos recursos interpostos na sequência da emissão, reconhecimento e execução de uma DEI.

7. Se a impugnação do reconhecimento ou execução de uma DEI for procedente, essa decisão será tida em conta pela autoridade de emissão, de acordo com a lei nacional».

¹⁰⁸ «1. Erfolgt eine Vorlage nach § 61 Absatz 1 Satz 1 oder wird ein Antrag nach § 61 Absatz 1 Satz 2 gestellt, überprüft das Oberlandesgericht auf Antrag auch Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 und nach § 91f Absatz 1 und 2. Wenn Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 ermessensfehlerhaft sind, stellt das Gericht dies fest, hebt die Entscheidungen insoweit auf und reicht die Akten zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zurück; andernfalls stellt das Gericht fest, dass die Entscheidungen ermessensfehlerfrei sind.

2. Die Übermittlung von Beweismitteln an den ersuchenden Mitgliedstaat kann ausgesetzt werden, bis über einen Rechtsbehelf entschieden worden ist, der eingelegt wurde

1. in dem ersuchenden Mitgliedstaat gegen den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung oder

2. im Geltungsbereich dieses Gesetzes.

3. Über Rechtsbehelfe gemäß Absatz 2 Nummer 2 ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates zu unterrichten; § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend».

riconoscimento e sull'esecuzione.

Alla luce di quanto analizzato, la disciplina italiana nella procedura passiva «va ben oltre»¹⁰⁹ rispetto a quanto imposto dalla Direttiva 2014/41/UE, che prescrive che gli Stati prevedessero rimedi analoghi a quelli interni: non si è, infatti, limitata a sancire il principio di equivalenza, con impugnabilità della misura investigativa, ma ha introdotto rimedi specifici avverso il decreto di riconoscimento. Sotto questo aspetto, anche Spagna, Portogallo e Germania hanno agito in tal senso. Solo la Francia ha optato per sancire la ricorribilità dell'atto di indagine e non del decreto di riconoscimento, ponendosi forse più in linea con lo spirito della Direttiva, ma garantendo al contempo in misura minore i diritti di difesa.

Delle due tecniche di recepimento dal lato passivo appena evidenziate, l'introduzione di un nuovo e ulteriore strumento impugnatorio avverso il decreto di riconoscimento presenta sia punti di forza sia punti critici. Da un lato, consente astrattamente di fornire un rimedio generalizzato riguardante tutti gli atti di indagine (qualora conoscibili dall'indagato o imputato); dall'altro rischia di sovrapporsi, come si è visto in tema di sequestro probatorio italiano, a quelli già esistenti. Al contrario, scegliere di individuare rimedi equivalenti a un caso interno analogo (come in Francia) può comportare la creazione di una «terra di mezzo», in cui non vi è la possibilità di impugnare i decreti di riconoscimento relativi ad atti non impugnabili; d'altro canto, però, non crea alcuna sovrapposizione di strumenti, con i relativi problemi di coordinamento.

Tra le due soluzioni quella percorsa dal legislatore italiano pare maggiormente rispettosa delle garanzie e dei diritti della difesa, anche se la stessa sembra suscettibile di miglioramenti, in particolare con la previsione dell'esperibilità della sola opposizione al GIP contro il decreto di riconoscimento. Consentire una doglianza rispetto a vizi del decreto di riconoscimento, a prescindere da un rimedio interno contro la misura, risulta infatti maggiormente garantista, anche in considerazione del fatto che un OEI può essere richiesto tanto in sede di indagine quanto in fase dibattimentale¹¹⁰. Impedire, al contrario, l'opposizione contro un decreto di riconoscimento può causare vuoti di tutela enormi, dato che, una volta acquisito e trasmesso, l'atto diviene tendenzialmente utilizzabile nello Stato di emissione. Per fare un esempio, si pensi allo Stato X che emette un OEI finalizzato ad ottenere da Tizio

¹⁰⁹E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, op. cit., p. 161; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, op. cit., p. 266.

¹¹⁰ L'art. 3 Direttiva 2014/41/UE, nel far riferimento genericamente alle «*investigative measures*», pare poter comprendere anche la fase processuale, anche in considerazione del fatto che non tutti i sistemi contemplano una differenza tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

informazioni coperte dal segreto di Stato o in relazione a una condotta non prevista come reato in Italia. Non essendo prevista nel nostro sistema processuale l'opposizione a un'escussione testimoniale, se fosse erroneamente riconosciuto l'OEI e non vi fosse la possibilità di opporsi, i risultati probatori diverrebbero utilizzabili nello Stato di emissione senza possibilità di interlocuzione. Lo stesso discorso vale per quegli atti a comunicazione differita (generalmente la maggior parte di quelli previsti dal codice di rito) che non sono impugnabili, come le intercettazioni telefoniche.

Benché, come visto, la disciplina italiana sembra preferibile rispetto a quelle che prevedono la sola impugnazione dell'atto di indagine, vi potrebbe essere una terza ipotesi ancor più fedele alla Direttiva: la previsione dell'impugnabilità del decreto di riconoscimento (e non dell'atto investigativo) con gli strumenti già previsti per gli atti interni analoghi, senza necessità di introdurre un rimedio specifico come quello sancito dall'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017. Tale soluzione, peraltro, è già stata adottata nell'ordinamento interno con l'art. 9 d.lgs. n. 35 del 2016, di attuazione della DQ 2003/577/GAI, e condivisa dalla Cassazione anche con riferimento al Regolamento 2018/1805/UE¹¹¹.

Anche sul versante attivo non vi è uniformità di implementazione. Vi sono, infatti, Stati come la Francia e la Spagna che hanno implicitamente ritenuto l'operatività del principio di equivalenza; al contrario, Italia e Portogallo hanno preso espressa posizione, ma con una differenza sostanziale: l'Italia ha reso impugnabile il solo decreto di sequestro probatorio, mentre il Portogallo ha sancito l'equivalenza con tutti i rimedi interni. La soluzione italiana, tra quelle analizzate, risulta essere la meno opportuna, in quanto – oltre ad essere tecnicamente molto imprecisa – fotografa in un determinato momento storico i mezzi di impugnazione allo stato disponibili e non consente l'adeguamento alle evoluzioni normative. Si pensi, per esempio, alla nuova impugnabilità del decreto di perquisizione che, non essendo stata introdotta nel corpo del d.lgs. n. 108 del 2017, potrebbe risultare inoperante.

In ogni caso, le discipline nazionali dovranno confrontarsi con la dirompenza di *Gavazonov II* e capire se, così come formulate, possano essere *compliant* con il diritto dell'Unione.

¹¹¹ Cass., Sez. VI, 24 maggio 2022, *Marino*, n. 25571: «il Collegio ritiene che siano applicabili le norme dettata dal d.lgs. n. 35 del 2016, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla decisione quadro 2003/577/GAI sul congelamento di beni tra gli Stati membri dell'U.E. [...] Il Regolamento, infatti, prevede che “i riferimenti alla decisione quadro 2003/577/GAI, per quanto riguarda il congelamento dei beni... si intendono fatti al presente regolamento” (art. 39, par-3). È possibile quindi ritenere che tali riferimenti siano anche quelli contenuti nella normativa nazionale».

CONCLUSIONI

Il lavoro ha posto in evidenza come la cooperazione giudiziaria penale in materia probatoria sia una tematica che merita ancora attenzione da parte del legislatore sovranazionale e di quelli nazionali. L'OEI ha posto delle solide fondamenta per costruire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che ruoti attorno al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ma ancora tale obiettivo non è stato raggiunto: molte, infatti, sono le reminiscenze del precedente quadro mutuo-assistenziale e rogatorio che hanno influenzato la struttura definitiva della Direttiva. Si pensi, in particolare, all'ampio ventaglio dei motivi di rifiuto e di rinvio, al temperamento tra *lex fori* e *lex loci*, alla possibilità di sostituzione dell'atto richiesto con uno meno invasivo dei diritti fondamentali e alla facoltà di non prestare l'assistenza richiesta se la misura non è disponibile in un caso interno analogo o è *tout court* inesistente nello Stato di esecuzione. Tutti gli esempi citati rendono spurio quel mutuo riconoscimento che, se applicato con rigore, imporrebbe allo Stato di esecuzione di dar seguito all'ordine in modo pressoché automatico. Un passo avanti in tal senso, in ogni caso, è stato fatto con il Regolamento 2018/1805/UE, il quale impone di riconoscere gli ordini di congelamento e confisca anche se gli stessi sono inesistenti nello Stato di esecuzione.

Verosimilmente, le deroghe al mutuo riconoscimento presenti nella Direttiva sono dovute a una serie di fattori che agiscono su diversi piani. Dal punto di vista legislativo, vi è una mancata previa opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, le quali divergono tra loro in misura significativa e non facilitano la comprensione reciproca degli ordinamenti appartenenti all'Unione europea. Dal punto di vista politico, invece, vi è ancora una ritrosia degli Stati membri, soprattutto in seno al Consiglio, a privarsi di porzioni di sovranità in campo penalistico. Infine, come diretto corollario di questo secondo aspetto, si deve evidenziare come non si sia ancora del tutto formata una cultura giuridica europea che consenta di superare le paure legate alla perdita di sovranità. Tuttavia, non si può non osservare che se uno Stato ha potuto aderire all'UE, si deve allora presumere – salvo prova contraria – che

CONCLUSIONI

lo stesso presenti le caratteristiche minime per essere considerato uno Stato di diritto e per garantire i diritti, anche processuali, dei cittadini.

Per quanto riguarda l'Italia, un primo passo verso una "europeizzazione" della cooperazione giudiziaria potrebbe essere dato da una *reductio ad unum* dei testi legislativi che hanno implementato i vari strumenti di mutuo riconoscimento che si sono affacciati nel panorama unionale a parte dalla DQ 2002/584/GAI. L'intellegibilità in unico testo normativo del MAE, del riconoscimento di sentenze, misure alternative e sanzioni pecuniarie, dell'OEI e delle decisioni di sequestro e confisca consentirebbe, infatti, di avere una visione organica e di insieme della materia. Peraltro, una sorta di "codice della cooperazione giudiziaria europea" non sarebbe una novità nello scenario europeo, in quanto vi sono Paesi come la Spagna e la Germania che già hanno adottato tale soluzione.

Tornando più nello specifico sul tema dell'OEI, un primo aspetto che ha innovato profondamente la materia probatoria è il ricorso a formule ampie, come i principi di necessità e proporzionalità, per definire i requisiti di emissione (art. 6 Direttiva 2014/41/UE). Se la necessità consiste nell'indispensabilità dell'atto ai fini dell'indagine o del procedimento penale, la proporzionalità è stata riempita di significato ricorrendo a un test articolato in tre fasi: idoneità, necessità in senso lato, proporzionalità in senso stretto. Da un punto di vista interno, l'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 ha tentato di fornire una definizione legislativa del principio di proporzionalità, non risolvendo, anzi esacerbando, gli aspetti problematici della Direttiva. Sarebbe, infatti, stato preferibile rimettere alla discrezionalità giudiziale la delimitazione del principio in questione, atteso che l'ancoraggio a parametri legislativi predefiniti rischia di includere delle situazioni ed escluderne altre. Inoltre, dal lato attivo, la normativa italiana non implementa i requisiti in esame, atteso che l'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 è riferito esclusivamente alla procedura passiva, ma gli stessi devono ritenersi comunque operanti in virtù di un'interpretazione conforme al diritto UE. In ogni caso, un intervento del legislatore che introducesse i citati principi e riformulasse l'art. 7 in maniera minimale sarebbe sicuramente opportuno, anche in considerazione delle esperienze straniere, le quali hanno normativamente previsto la necessità e la proporzionalità ai fini dell'emissione di un OEI, oltre a non aver fornito alcuna ulteriore specificazione su cosa debba intendersi con il concetto di proporzionalità.

Si è poi visto come necessità e proporzionalità operino parallelamente al principio di equivalenza, il quale si manifesta sotto diverse vesti e, in particolare, in tema di rimedi, di

CONCLUSIONI

condizioni di emissione, di esecuzione concelebrata e di attribuzioni di competenza. Nel contesto nazionale, il principio in esame non è stato adeguatamente valorizzato, se non in relazione alle competenze per l'emissione di un OEI (art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017); nessun riferimento, invece, può essere rinvenuto per le condizioni di emissione, l'esecuzione concelebrata e i rimedi. Sarebbe forse stato preferibile adeguare maggiormente la disciplina interna a quella europea, a maggior ragione in virtù dell'esperienza degli Stati stranieri (ad eccezione della Germania), i quali hanno trasposto quasi del tutto fedelmente il principio in questione.

Un ultimo principio che è stato oggetto di analisi è quello di specialità, generalmente caratterizzante gli istituti che prevedono la consegna di persone detenute (estradizione, MAE, esecuzione di sentenze), che in buona sostanza impedisce a uno Stato, al quale una persona privata della libertà personale è stata consegnata, di sottoporla ad ulteriori restrizioni della libertà per fatti diversi antecedenti alla consegna. Nel campo dell'OEI, si può ritenere che il principio di specialità operi in relazione al trasferimento temporaneo di persone detenute e in parte per i provvedimenti provvisori (*i.e.* i sequestri probatori), ma che non trovi applicazione in tutti gli altri casi. Sotto questo profilo, il legislatore italiano si è conformato all'impostazione della Direttiva e analogamente hanno fatto Francia, Germania e Portogallo. Al contrario, Spagna e Lussemburgo lo hanno introdotto espressamente nella disciplina interna.

Il terzo capitolo è stato focalizzato sullo studio delle procedure di emissione e di trasmissione, concentrando l'attenzione inizialmente sull'ambito applicativo dell'OEI ed evidenziando come lo stesso possa essere adottato per ogni atto di indagine e ogni prova, da quelle costituite a quelle costituende, ad eccezione delle squadre investigative comuni e delle osservazioni transfrontaliere. In relazione a questi due ultimi strumenti, la normativa italiana suscita alcune perplessità per due ordini di ragioni: non esclude le osservazioni transfrontaliere dal raggio operativo dell'OEI, anche se tale mancanza può essere emendata esegeticamente; e prevede l'istituzione di una SIC per l'esecuzione concelebrata degli OEI, nonostante il divieto espresso della Direttiva. Anche in questo caso sarebbe stato preferibile che il legislatore nazionale avesse specificato, in linea con le legislazioni di altri Paesi, che le osservazioni transfrontaliere e le SIC esulino dallo spettro applicativo dell'OEI, ad eccezione di quelle situazioni in cui un ordine di indagine si riveli necessario per acquisire prove in uno Stato membro che non partecipa alla squadra investigativa comune.

CONCLUSIONI

Altro punto cruciale è la disciplina dei tipi di procedimento per i quali può essere emesso un OEI. Si è visto come l'art. 4 Direttiva 2014/41/UE si connoti per una certa fluidità di contenuto, atteso che deve abbracciare le legislazioni di tutti gli Stati membri, e il suo filo conduttore è caratterizzato dall'essere il procedimento *criminal in nature*. Più nello specifico, un OEI può essere emesso in un procedimento penale; in procedimenti avviati dalle autorità amministrative o giudiziarie non penali, se la decisione può dar luogo a un procedimento avanti un organo competente in materia penale; in procedimenti concernenti la responsabilità (amministrativa o penale) degli enti. In relazione a tale ultimo aspetto, la Direttiva non si è purtroppo preoccupata di introdurre una norma che imponesse a uno Stato che non prevede la responsabilità degli enti di dover comunque dar seguito a un ordine (analogamente a quanto poi avvenuto con l'art. 23 Regolamento 2018/1805/UE), ma deve ritenersi che i principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento lo impongano in ogni caso. In Italia la normativa si discosta dalle previsioni della Direttiva e differenzia il lato passivo da quello attivo. Sotto il primo punto di vista, l'art. 2 d.lgs. n. 108 del 2017 consente il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI emesso da un'autorità giudiziaria, anche in sede di convalida di un ordine emesso da un'autorità amministrativa. Sul versante attivo, invece, l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che un OEI possa essere emesso esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale: manca, invece, ogni riferimento a procedimenti avviati dalle autorità amministrative o giudiziarie non penali e ai procedimenti di prevenzione personale. All'estero, Francia e Spagna hanno agito similmente all'Italia, mentre Lussemburgo e Portogallo hanno più opportunamente trasposto quasi letteralmente la Direttiva.

L'esatta perimetrazione della nozione di autorità di emissione è un ulteriore tassello fondamentale nell'economia di un OEI. Si è visto, infatti, come la Corte di Giustizia non abbia accolto la sua precedente giurisprudenza in tema di MAE e abbia fornito una lettura molto ampia dell'art. 2 Direttiva 2014/41/UE, ricomprendendo – sia come emittenti principali, sia come emittenti in sede di convalida – tanto le autorità giudiziarie, quanto i pubblici ministeri anche non indipendenti dal potere esecutivo. In Italia, l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 attribuisce al pubblico ministero e al giudice che procede, nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, il potere di emettere un OEI. La questione più dibattuta è l'eventuale competenza del GIP ad emettere un ordine, in quanto tale soggetto non è espressamente menzionato dalla norma: deve ritenersi, nonostante opinioni di senso contrario, che possa astrattamente

CONCLUSIONI

essere titolato all'emissione di un OEI, anche se nella pratica l'unica casistica sembra essere quella dell'incidente probatorio.

In merito alla procedura di trasmissione, l'art. 7 Direttiva 2014/41/UE stabilisce un contatto diretto tra autorità giudiziarie, sia per le prime comunicazioni, sia per quelle successive; ad eccezione solo di quei casi in cui uno Stato abbia indicato un'autorità centrale, di solito il ministero della giustizia, per assistere da un punto di vista burocratico-amministrativo le autorità coinvolte. Il punto problematico riguarda le modalità di trasmissione degli ordini, in quanto le tecnologie ad oggi disponibili (posta, telefax, e-mail, pec) non sempre consentono un agevole dialogo tra le autorità ed alcune non sono idonee a garantire l'autenticità di quanto trasmesso. Sarebbe allora opportuno che il Regolamento 2022/850/UE, che istituisce il nuovo sistema e-CODEX, divenisse la base per la trasmissione di tutte le comunicazioni riguardanti gli strumenti di mutuo riconoscimento, tra cui l'OEI. Due sono però gli ostacoli che al momento sembrano porsi sullo scenario: una mancanza di conoscenza del Regolamento e-CODEX e la necessità per gli Stati di investire risorse umane ed economiche su tale piattaforma.

Vi è, poi, l'annoso problema della lingua che è causa dei principali problemi di "mutua incomprendimento"; tuttavia, nonostante la sua immensa importanza, la Direttiva non l'ha valorizzato adeguatamente: ci si è, infatti, limitati a prevedere che gli Stati possano indicare una o più lingue ufficiali dell'Unione nella quale l'OEI deve essere tradotto, ma molti Stati rimangono restii ad accogliere idiomi stranieri nel proprio ordinamento. Una soluzione per risolvere i problemi di comprensione potrebbe però esservi, atteso che si è dimostrato come l'inglese sia la lingua regina in pressoché tutti i settori e, di conseguenza, dovrebbe essere comunemente accettata da tutti gli Stati. Per far ciò, ci si potrebbe muovere su un doppio binario normativo e prasseologico: sotto il primo punto di vista, introducendo una disposizione che imponga agli Stati di accettare gli OEI trasmessi in inglese; nelle more di un tale intervento, dovrebbero gli Stati stessi, *in primis* l'Italia che accetta solo l'italiano, notificare alla Commissione la volontà di accettare gli OEI in lingua inglese.

Nel quarto capitolo si sono indagate le procedure di riconoscimento ed esecuzione e si è dimostrato come la normativa italiana presenti alcune lacune.

In primo luogo, si è analizzata la nozione di autorità di esecuzione che, nella disciplina europea, è disegnata a maglie larghe. L'art. 2 Direttiva 2014/41/UE stabilisce, infatti, che l'autorità di esecuzione è l'autorità competente a riconoscere ed eseguire un OEI,

CONCLUSIONI

eventualmente previa autorizzazione di un organo giurisdizionale se imposto dalla normativa interna. In Italia, l'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 attribuisce la competenza a riconoscere un ordine al procuratore distrettuale, anche qualora sia necessario l'intervento del giudice. In quest'ultimo caso, l'art. 5 d.lgs. n. 108 del 2017 detta una disciplina che si pone in contrasto con la Direttiva, in quanto prevede che l'OEI debba essere riconosciuto dal pubblico ministero, il quale è tenuto a trasmetterlo al GIP per l'esecuzione, che a sua volta deve verificare la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine ed eventualmente annullare il riconoscimento già avvenuto. La disciplina, così come formulata, è eccessivamente complessa e andrebbe emendata sulla base dell'esperienza europea. Gli altri Stati, infatti hanno individuato un solo organo competente a riconoscere ed eseguire un OEI: alternativamente pubblico ministero o giudice. L'intervento del primo, nelle situazioni in cui è competente il secondo, si limita a un mero passaggio formale, consistente nella trasmissione dell'ordine ricevuto, senza che sia svolta alcuna delibazione in merito.

Per quanto riguarda più nello specifico il procedimento di riconoscimento ed esecuzione, l'art. 9 Direttiva 2014/41/UE è espressione del generale – anche se temperato – principio del mutuo riconoscimento, in quanto prevede che l'autorità richiesta riconosca l'ordine «senza imporre ulteriori formalità e ne assicur[i] l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità» di un atto interno. Inoltre, l'art. 12 Direttiva 2014/41/UE disegna una dettagliata disciplina in tema di termini (30 giorni per il riconoscimento, eventualmente prorogabili di 30, e 90 per l'esecuzione), mentre l'art. 16 prescrive all'autorità di esecuzione di segnalare all'autorità di emissione se ritiene utile compiere atti di indagine inizialmente non previsti. In Italia, purtroppo, la trasposizione non è del tutto soddisfacente: non è stata recepita la disposizione che prevede che l'esecuzione debba avvenire nello stesso modo e con le stesse modalità di un caso interno analogo; in relazione ai termini non è prevista la procedura di informazione preventiva affinché quello per il riconoscimento possa essere prorogato da 30 a 60 giorni o nel caso in cui quello per l'esecuzione non possa essere rispettato, mentre nulla si dice in merito all'esecuzione entro 30 giorni se la prova è già in possesso dell'autorità richiesta; non si fa riferimento alcuno alla possibilità, per l'autorità di esecuzione, di indicare a quella di emissione la necessità di svolgere ulteriori investigazioni inizialmente non previste o non prevedibili. A differenza dell'Italia, gli altri Paesi sono stati molto fedeli alla Direttiva e, anche per questo motivo, la disciplina nazionale avrebbe potuto essere scritta diversamente: 1) nel caso di prove già in possesso dell'autorità italiana,

CONCLUSIONI

precisando che le decisioni sul riconoscimento e sull'esecuzione possano essere alternative; 2) prevedendo che i termini per il riconoscimento siano fissati in 30 giorni, eventualmente prorogabili di ulteriori 30 previa comunicazione motivata all'autorità di emissione; 3) stabilendo la possibilità che il termine di 90 giorni per l'esecuzione dell'OEI, a seguito del suo riconoscimento, non venga rispettato e, di conseguenza, disciplinando la procedura di consultazione di cui all'art. 12, par. 6, Direttiva 2014/41/UE; 4) introducendo la possibilità di informare l'autorità di emissione se durante l'esecuzione si ritiene opportuno compiere atti di indagine inizialmente non previsti inizialmente o non prevedibili.

Un ulteriore aspetto che è stato indagato riguarda il rapporto tra *lex fori* e *lex loci*. Si è visto come la Direttiva preveda la possibilità per lo Stato di emissione di indicare le formalità a cui lo Stato di esecuzione deve attenersi, salvo che le stesse siano in contrasto con i principi fondamentali del diritto di quest'ultimo; nel caso in cui, invece, lo Stato di emissione non indichi formalità da rispettare, troverà applicazione la *lex loci*. Quest'ultima precisazione, purtroppo, non è stata fatta propria dal legislatore italiano, se non in relazione alle operazioni sotto copertura; ciononostante, una sua applicazione deve ritenersi sorretta da ragioni logico-sistematiche.

Si è altresì approfondita la tematica legata alla responsabilità dei funzionari dello Stato di emissione che partecipano all'esecuzione dell'OEI in territorio straniero. Gli artt. 17 e 18 Direttiva 2014/41/UE, dedicati rispettivamente alla responsabilità penale e civile, equiparano i funzionari dello Stato di emissione a quelli dello Stato di esecuzione, se presenti sul territorio di quest'ultimo Paese, con le conseguenti responsabilità civili di cui – in linea di massima – deve farsi carico il primo. In Italia, la trasposizione presenta, sotto certi aspetti, tratti non cristallini che ben potrebbero essere migliorati. Sul versante della responsabilità penale, *nulla quaestio*: si sono equiparati i funzionari stranieri ai pubblici ufficiali italiani. Per contro, in relazione alla responsabilità civile si è fatto un generico rimando al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 nel suo complesso (art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017), senza precisare a quale articolo o a quali articoli del testo richiamato debba farsi riferimento. Sarebbe pertanto preferibile che la normazione per rinvii fosse abrogata e fosse sostituita da una analoga alle disposizioni della Direttiva, così da consentire una maggiore e più immediata intellegibilità della disciplina. Anche gli altri Paesi (ad eccezione del Portogallo) hanno purtroppo posto una minima attenzione alla tematica in questione.

La Direttiva prevede poi tre motivi di ricorso a un diverso atto di indagine, due dei quali

CONCLUSIONI

obbligatori, al ricorrere di determinati presupposti. Tali motivi, tuttavia, non possono operare per cinque tipologie di atti che sono elencati nell'art. 10 Direttiva 2014/41/UE. Di queste cinque tipologie, quella che ha suscitato più interesse è relativa agli atti coercitivi, che sono stati definiti diversamente dagli Stati oggetto di studio: l'Italia si è limitata a fare riferimento agli atti che possono comportare una violazione del diritto alla libertà personale e all'inviolabilità del domicilio; la Francia e il Lussemburgo li hanno ricondotti alle possibili lesioni delle *libertés individuels*; la Spagna ha richiamato l'interessamento dei *derechos fundamentales y garantías procesales*; il Portogallo ha tradotto letteralmente la Direttiva; la Germania non si è espressa. Si può notare come si sia in presenza di un'eterogeneità normativa a livello nazionale che avrebbe potuto essere evitata con un maggiore sforzo del legislatore unionale nella perimetrazione della nozione di atto coercitivo. Peraltro, anche gli altri atti che devono essere necessariamente presenti, se a prima vista sembra che siano idonei a operare un'embrionale armonizzazione dei sistemi processuali nazionali, ad una più attenta lettura, si è dimostrato come siano già presenti in tutti gli ordinamenti e che, in ogni caso, le formule lessicali impiegate dal legislatore sovranazionale non sono idonee a raggiungere tale obiettivo. La disciplina italiana non si discosta molto da quella europea, fatta salva qualche secondaria imprecisione. Ciò che più salta agli occhi è la sostanziale inoperatività del motivo di sostituzione basato sull'inesistenza dell'atto richiesto nell'ordinamento interno, in quanto la generica formulazione dell'art. 189 c.p.p. sembra poter abbracciare ogni atto di indagine richiesto con un OEI. Inoltre, la definizione di atto coercitivo sembra solo parziale, in quanto si limita a richiamare il diritto alla libertà personale e all'inviolabilità del domicilio, senza fare alcun riferimento alla libertà e segretezza delle comunicazioni.

Si sono anche approfonditi i motivi di rinvio del riconoscimento e dell'esecuzione, finalizzati a garantire il segreto istruttorio ovvero il corretto svolgimento di un altro procedimento penale pendente nello Stato di esecuzione. In relazione a questa seconda ipotesi, la normativa italiana inspiegabilmente ne limita l'operatività per i soli casi in cui quanto richiesto dall'autorità di emissione è posto sotto sequestro in Italia, restringendo così il raggio applicativo della disciplina europea.

Il penultimo tema affrontato riguarda il trasferimento delle prove, che l'art. 13 Direttiva 2014/41/UE disegna con una modalità principale (la trasmissione all'autorità di emissione senza ritardo dopo il compimento dell'atto) e una secondaria (la trasmissione diretta ai funzionari presenti nel territorio dello Stato di esecuzione), con la precisazione che lo Stato

CONCLUSIONI

richiesto può domandare la restituzione delle prove non appena cessino di essere necessarie nello Stato richiedente. Ciò che manca nella disciplina europea è l'attenzione alle modalità di trasmissione della prova, in relazione alle quali non è stato precisato che vi debba essere un necessario rispetto della catena di custodia, elemento imprescindibile – soprattutto per le prove digitali – al fine di garantire la piena utilizzabilità della prova nello Stato di emissione. In Italia, si è visto come vi sia un sostanziale allineamento con la Direttiva, con una sola imprecisione: non aver previsto che possa essere chiesto allo Stato di esecuzione di restituire la prova trasmessa quando cessa di assolvere alle sue funzioni.

Infine, si sono approfonditi i motivi di non riconoscimento e non esecuzione, dimostrando come la normativa di trasposizione italiana non sia del tutto adeguata. La più grande differenza con la Direttiva è la previsione come obbligatoria di tutti i motivi di rifiuto (così come avvenuto in Francia): il legislatore italiano deve, allora, intervenire – come già fatto in tema di MAE – per allineare la disciplina interna a quella sovranazionale e, nelle more, l'unica via percorribile non può che essere quella della disapplicazione (nonostante un orientamento giurisprudenziale contrario). Si può, al contrario, plaudire la scelta di trasporre solo cinque degli otto motivi di rifiuto previsti dalla Direttiva, dal momento che tale atteggiamento dimostra un'apertura verso la cooperazione giudiziaria e può rafforzare il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca.

Il quinto e ultimo capitolo è stato dedicato all'esercizio del diritto di difesa e ha dimostrato come questa tematica sia stata sottovalutata dal legislatore europeo.

In relazione alla possibilità per la difesa di richiedere l'emissione di un OEI, l'art. 1 Direttiva 2014/41/UE limita tale facoltà a soli indagati e imputati, non estendendo tale diritto anche alla vittima, grande assente in tutto l'articolato della Direttiva. Inoltre, non è specificato se l'autorità a cui è richiesta l'emissione di un ordine sia obbligata a darvi seguito e, se così non fosse, quale sia l'onere motivazionale: in una prospettiva *de iure condendo*, queste problematiche dovrebbero essere affrontate dal legislatore comunitario. In Italia, indagato e imputato non possono richiedere personalmente l'emissione di un OEI, ma devono essere assistiti da un difensore e devono indicare le motivazioni per le quali la chiedono, con conseguente parziale *discovery* della strategia difensiva. Il pubblico ministero, dal canto suo, non è obbligato a dare seguito alla richiesta, ma su di lui incombe un obbligo motivazionale nel caso in cui ritenesse di non procedere. La grande assente, a differenza della Francia, rimane sempre la vittima, alla quale non è concesso alcun diritto, sebbene debba ritenersi

CONCLUSIONI

che sia titolata un potere sollecitatorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 90 e 367 c.p.p.

Una seconda tematica “spinosa” è data dal diritto alla *dual defence*, atteso che la Direttiva ha serbato un totale silenzio sul punto. In particolare, se nello Stato di emissione non paiono sorgere problemi degni di nota, il diritto di difesa nello Stato di esecuzione è una tematica dibattuta e rimessa alle singole discipline nazionali. Una presa di posizione del legislatore europeo, volta a precisasse le modalità operative del diritto in questione, non guasterebbe. Si potrebbe, infatti, modificare la Direttiva 2013/48/UE, relativa a taluni aspetti del diritto di difesa, introducendolo per tutti gli strumenti di mutuo riconoscimento, dal MAE (già presente) sino al recente Regolamento 2018/1805/UE.

Altro tema non considerato sono i costi della difesa, per i quali la Direttiva 2016/1919/UE prevede l’applicazione del gratuito patrocinio solo nei procedimenti in tema di MAE e non anche per quelli relativi a un OEI. Anche in questo caso, dunque, sarebbe stato preferibile affiancare il gratuito patrocinio previsto per il MAE anche agli altri strumenti di mutuo riconoscimento, contestualmente armonizzando più incisivamente le legislazioni nazionali e introducendo criteri per l’ammissione valevoli su tutto il territorio unionale.

Vi sono, poi, le indagini difensive, per le quali la Direttiva è rimasta totalmente silente. Per quanto riguarda l’Italia, in ogni caso, le stesse devono ritenersi pienamente ammissibili.

Infine, l’ultima annosa tematica concerne i rimedi, in relazione ai quali la Direttiva stabilisce che gli Stati debbano prevedere mezzi di ricorso analoghi a quelli previsti per un caso interno analogo, con la precisazione che le motivazioni di merito possono essere contestate esclusivamente nello Stato di emissione e che un eventuale accoglimento del ricorso nello Stato di esecuzione debba genericamente essere “tenuto in considerazione” dall’autorità richiedente. Sul punto, la Corte di Giustizia (*Gavanozov II*) ha precisato che ogni atto di indagine debba poter essere oggetto di un ricorso effettivo, anche una semplice audizione testimoniale.

L’Italia ha deciso di introdurre un inedito rimedio avverso il decreto di riconoscimento, da presentarsi mediante opposizione al GIP, ma, come visto, sarebbe stato preferibile prevedere l’impugnabilità del provvedimento di riconoscimento con gli strumenti previsti per casi analoghi (per esempio, nel caso di sequestro probatorio con il riesame). Si è altresì evidenziato come la giurisprudenza di legittimità, nei suoi primi pronunciamenti, abbia fornito risposte non univoche su due temi non secondari: la (non) coesistenza tra il riesame

CONCLUSIONI

avverso l'esecuzione del sequestro probatorio e l'opposizione al GIP contro il decreto di riconoscimento; gli effetti della mancata o tardiva comunicazione di quest'ultimo all'indagato e al suo difensore. Per il primo aspetto, sembra allo stato prevalente la corrente che ammette la sola opposizione al GIP e non anche il riesame. Quanto al secondo punto, invece, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la tardiva o mancata comunicazione del decreto di riconoscimento sia una mera irregolarità, in quanto consente un tardivo esercizio del diritto di difesa nel momento in cui l'interessato ne viene a conoscenza. Tale esegesi, tuttavia, non può essere accolta, in quanto rischia di causare enormi danni all'indagato e all'imputato, atteso che, nelle more di un'impugnazione, la trasmissione degli atti (ma non l'esecuzione di un OEI) potrebbe venire sospesa. Sul punto, peraltro, la normativa italiana non è allineata con quella europea e limita eccessivamente il diritto di difesa, in quanto non introduce una possibilità di sospensione prevista dalla Direttiva e ne facoltizza una prevista come obbligatoria.

In conclusione, l'esame della Direttiva, della legislazione italiana e di quelle straniere ha consentito di dimostrare come il cammino verso una procedura penale europea sia solo all'inizio e ancora costellato di insidie. La Direttiva si è, infatti, inserita in un sostrato non armonizzato che non ha consentito la piena operatività del principio del mutuo riconoscimento e che spesso causa frizioni pratiche. Tuttavia, al fine di poter armonizzare una materia delicata come quella probatoria, è necessario un elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati e, soprattutto, una profonda comprensione dei sistemi processuali nazionali. Sul punto, la Direttiva può aver aiutato gli Stati ad alleggerire il clima di tensione e può aver contribuito all'instaurazione di un circolo virtuoso finalizzato all'adozione di direttive aventi lo scopo di armonizzare i sistemi processuali nazionali e le garanzie processuali delle parti private coinvolte, così da poter poi adottare un nuovo Regolamento per l'acquisizione transfrontaliera delle prove nell'Unione e superare l'attuale Direttiva. Questo cammino, inoltre, può essere incoraggiato anche da altri strumenti di mutuo riconoscimento che sono già stati adottati (Regolamento 2018/1805/UE) o di futura adozione (proposta di Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei). Così procedendo, si supererebbe buona parte dei problemi dovuti all'eterogeneità delle normative nazionali, si eviterebbero spiacevoli problematiche causate dall'implementazione delle direttive e si consentirebbe un rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, a condizione però che i diritti dei soggetti coinvolti siano adeguatamente tutelati: questi ultimi non possono essere sacrificati

CONCLUSIONI

sull'altare della cooperazione giudiziaria.

La strada è ancora lunga, ma siamo sul giusto sentiero.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA.VV., *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, V edizione, New School Library-American Psychiatric Association, 2013;
- AGUILERA M., *La orden europea de investigación: nuevas atribuciones para el ministerio fiscal*, in *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2018, 2, p. 1;
- ALBANO F., *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 4708;
- ALBERT J.-MERLIN J.B., *Is the EU Ready for Automatic Mutual Recognition... in the Fight Against Crime?*, in *Eucrim*, 2015, 2, p. 60;
- ALESCI T., *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della Direttiva 2014/41/UE*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 101;
- ALEXY R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, p. 131;
- ALLEGREZZA S., *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 51;
- ALLEGREZZA S., *Critical remarks on the green paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 572;
- AMATO G., *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, 15 settembre 2011, p. 22;
- AMBOS K., *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C-82/19 PPU)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 10, p. 399;
- AMBOS K.-RACKOW P.-HEINZE A., *The European Investigation Order – a German Perspective*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis*

BIBLIOGRAFIA

- and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione;
- AMODIO E., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio europeo*, in A. LANZI-F. RUGGERI-L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Cedam, 2002, p. 107;
- ANAGNOSTOPOULOS I., *Criminal justice cooperation in the European Union after the first few “steps”: a defence view*, in ERA Forum, 2014, p. 9;
- ANGIOLINI G., *Una questione ancora irrisolta: il ne bis in idem “europeo” e l’Italia*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2018, 4, p. 2127;
- APRILE E., *Il divieto di bis in idem e la compatibilità con il sistema del “doppio binario sanzionatorio” in una illuminante sentenza della corte costituzionale*, in Cass. Pen., 2018, p. 1940;
- ARASI S., *The EIO Proposal and the Rules on Interception of Telecommunications*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 127;
- ARENA A., *The Rules on Legal Remedies: Legal Lacunas and Risks for Individual Rights*, S. Ruggeri (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 111;
- ARMADA I., *The European investigation order and the lack of European standards for gathering evidence*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 8;
- ARVA M.A., *Prospects on the European Investigation Order in Relation to Joint Methods Deficiencies*, in *Research Association for Interdisciplinary Studies*, 2020, p. 82;
- ASP P., *Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU*, in E.J. HUSABØ-A. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Intersentia, 2005, p. 31;
- AUTRO RYOLO L., *European Investigation Order: the Defence Rights Perspective*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 107;

B

- BACHMAIER WINTER L., *Best practices for EUROpean COORDination on investigative measure and evidence gathering*, 11 marzo 2019;

BIBLIOGRAFIA

- BACHMAIER WINTER L., *Cross-border Investigation of Tax Offences in the EU: Scope of Application and Grounds for Refusal of the European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 46;
- BACHMAIER WINTER L., *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, 2, p. 47;
- BACHMAIER WINTER L., *The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: a Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 71;
- BACHMAIER WINTER L., *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 85;
- BALSAMO A., *Sub art. 189 c.p.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale commentato*, Giuffrè, 2013, p. 19;
- BANA G.-CAMALDO L.-TROGLIA M., *Feuille de route et droits de la défense. Les enquêtes défensives à l'étranger*, in *Eucrim*, 2017, 1, p. 31;
- BARATA M.S.-GUIMARÃES A.P.-CASTILHOS D.S., *EIO in Portugal – Legal Analysis and Practical Dilemmas*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione;
- BARBOSA E SILVA J., *The speciality rule in cross-border evidence gathering and in the European Investigation Order-let's clear the air*, in *ERA Forum*, 2019, p. 485;
- BARGIS M., *Mandato di arresto europeo e principio di specialità in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Sist. Pen.*, 2020, 11, p. 43;
- BARGIS M., *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 2, p. 177;
- BARGIS M., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 914;
- BARGIS M., *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 144;

BIBLIOGRAFIA

- BARROCU G., *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Cedam, 2021;
- BARROCU G., *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1325;
- BARROCU G., *Le operazioni di infiltrazione*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 421;
- BARROCU G., *Le squadre investigative comuni*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 383;
- BARROCU G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017;
- BARTOLI L.-MAIOLI C., *La catena di custodia del dato digitale: tra anelli solidi e anelli mancanti*, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 139;
- BELFIORE R., *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 131;
- BELFIORE R., *Le indagini bancarie*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 437;
- BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 400;
- BELFIORE R., *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 9, p. 3288;
- BELFIORE R., *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence-gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 312;
- BELFIORE R., *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 91;
- BELFIORE R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3894;
- BERNARDI A., *Europeizzazione del dritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 5;

BIBLIOGRAFIA

- BIASIOTTI M.A., *A Proposed Electronic Evidence Exchange across the European Union*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2017, 14, p. 1;
- BLACKSTOCK J., *The European Investigation Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2010, p. 481;
- BLANKE H.J.-MANGIAMELI S. (a cura di), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Springer, 2021;
- BLAŽIČ B.J.-KLOBUČAR T., *Investigating Crime in an Interconnected Society: Will the New and Updated EU Judicial Environment Remove the Barriers to Justice?*, in *International Review of Law Computers & Technology*, 2019, p. 6;
- BLAŽIČ B.J.-KLOBUČAR T., *A New Legal Framework for Cross-Border Data Collection in Crime Investigation amongst Selected European Countries*, in *International Journal of Cyber Criminology*, 2019, p. 270;
- BOLOGNARI M., *Le videoconferenze*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 257;
- BOLOGNARI M., *Ordine europeo di indagine penale ed esame a distanza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 7-8, p. 1100;
- BORGIA G., *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppur così diversi*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1, p. 1;
- BORGIA G., *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. Pen.*, 2020, 1, p. 1;
- BORGIA G., *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2532;
- BOROI A., *Interception of Communications from the Perspective of ECHR Jurisprudence*, in *International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society*, 2014, p. 37;
- BOROWSKI M., *Absolute Rights and Proportionality*, in *German Yearbook of International Law*, 2013, p. 385;
- BÖSE M., *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1259;
- BÖSE M., *Judicial Control of the European Public Prosecutor's Office*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational*

BIBLIOGRAFIA

- proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 191;
- BÖSE M.-BRÖCKER M., *Country Report „Germany”*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 93;
- BROOMS H., *Étude de la décision d'enquête européenne et de son impact dans l'enquête pénale transnationale*, in *Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain*, 2019;
- BUISSON J., *Enquête européenne en matière pénale*, in *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, giugno 2017, p. 21;
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA J., *La orden europea de investigación penal en España*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 191;

C

- CABIALE A., *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019;
- CACCIATORE S., *European Investigation Order as Instrument for the Fight Against Organised Crime*, in *Vilnius University Press*, 2021, p. 34;
- CAGOSSI M., *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 119;
- CAIANIELLO M., *L'attuazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2018, 6, p. 2197;
- CAIANIELLO M., *L'OEI dalla Direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 17;
- CAIANIELLO M., *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 3, p. 1;
- CAIANIELLO M., *Il principio di specialità*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandate d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. 213;
- CALAVITA O., *Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders in the EU: what Issues are at Stake?*, in *European Criminal Law Review*, 2022, 3, p. 233;

BIBLIOGRAFIA

- CALAVITA O., *Towards new Forms of Cooperation in Criminal Matters*, in I. MERINO CALLE-A. HERNANDEZ LOPEZ-E. LARO GONZALEZ (a cura di), *Desafios del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Ediciones Universidad, 2022, p. 69;
- CALAVITA O., *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in *Leg. Pen.*, 08 marzo 2022;
- CALAVITA O., *Ordine europeo di indagine e rimedi interni: riflessioni sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Leg. Pen.*, 30 settembre 2021;
- CALAVITA O., *La proposta di Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto*, in *Leg. Pen.*, 30 marzo 2021;
- CALVANESE E., *Perquisizioni e sequestri*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 478;
- CAMALDO L., *La metamorfosi di Eurojust in agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2019, 7, p. 2708;
- CAMALDO L., *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 958;
- CAMALDO L., *Profili generali e procedura passiva*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, 2018, p. 17;
- CAMALDO L., *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 7-8, p. 202;
- CAMALDO L., *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2017, 11, p. 4196;
- CAMALDO L., *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 maggio 2014;
- CAMALDO L., *Sequestro probatorio e confisca dei beni nell'Unione Europea. Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 22 luglio 2003, n. 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione Europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*, in *La Rivista del Consiglio. Ordine degli Avvocati di Milano*, 2004, p. 75;
- CAMALDO L.-QUERCIA F., *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove*

BIBLIOGRAFIA

- prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. Pen.*, 2014, 10, p. 3511;
- CAMPILONGO V., *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 707;
- CAMPLANI F., *La responsabilità degli enti per i reati nel diritto amministrativo punitivo tedesco*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2022. 1, p. 70;
- CANCELLARO F., *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione dello Stato emittente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 18 aprile 2016;
- CANESTRINI N., *La doppia incriminazione nel mandato di arresto europeo: un approccio flessibile al fine di evitare il rischio di impunità?*, in *Cass. Pen.*, 2022, 11, p. 4099;
- CAPRIOLI F., *Report on Italy*, in S. Ruggeri (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 439;
- CAPRIOLI F.-VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011;
- CARBONE S.-CHIAVARIO M., *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008;
- CARBONE S.M. ET AL., *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, 2016;
- CARCANO D., *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 131;
- CASSIBBA F., *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *Sist. Pen.*, 22 settembre 2022;
- CASSUTO T., *La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, in *AJ Pénal*, 2014;
- CECCHETTI L., *MAE e tutela giurisdizionale effettiva: alcune precisazioni in relazione al sistema austriaco*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 784;
- CENOS J.-JESSNER U. (a cura di), *English in Europe. The Acquisition of a Third Language*, Multilingual Matters Ltd, 2000;
- CHARPENTIER J., *Vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1978, p. 927;
- CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a*

BIBLIOGRAFIA

- marginie della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157;
- CHIAVARIO M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 974;
- CIMADOMO D., *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della Direttiva 2014/41/UE*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 219;
- CLAVERIE-ROUSSET C., *The admissibility of evidence in criminal proceedings*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 152;
- COHEN M.-PORAT I., *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, 2011, p. 463;
- COLAIOCCO A., *La rilevanza delle best practices nell'acquisizione della digital evidence alla luce delle novelle sulla cooperazione giudiziaria*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1, p. 1;
- COLE M.D.-QUINTEL T., *Transborder Access to e-Evidence by Law Enforcement Agencies*, Université du Luxembourg, 05 novembre 2018
- COLOMBO E., *Ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale: il difficile approccio del diritto alla tecnologia nella proposta di Regolamento*, in *Cass. Pen.*, 2019, 7, p. 2722;
- CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice europolitano*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, p. 949;
- CONTI C., *L'inutilizzabilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, 2015, p. 97;
- COSTA M.J.-CAEIRO P., *Country Report "Portugal"*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p. 271;
- COSTANZO P.-TRUCCO L., *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *www.giurcost.org*, 2015, 3, p. 860;
- CURLOTTI D., *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 6, p. 751;
- CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in

BIBLIOGRAFIA

https://leg13.camera.it/_bicamerale/schengen/convegni/italiasc/giald.htm;

CURTOTTI D., *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e “Vecchia Europea”*: una normativa che non c'è (ancora), in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 6, p. 745;

D

DANIELE M., *Formazione della prova dichiarativa*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 497;

DANIELE M., *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 493;

DANIELE M., *Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 455;

DANIELE M., *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 455;

DANIELE M., *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 481;

DANIELE M., *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11 marzo 2019;

DANIELE M., *Il riconoscimento “di fatto” dell’ordine europeo di indagine: un’altra censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 aprile 2019;

DANIELE M., *I chiaroscuri dell’OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 55;

DANIELE M., *La sfera d’uso delle prove raccolte*, in M. DANIELE E R. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 181;

DANIELE M., *L’ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 7-8, p. 208;

DANIELE M., *Ordine europeo di indagine*, in G. UBERTIS (a cura di), *Investigazioni e prove transazionali*, Giuffrè, 2017, p. 61;

DANIELE M., *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2016, 3, p. 63;

BIBLIOGRAFIA

- DANIELE M., *Evidence gathering in the realm of the European investigation order. From national rules to global principles*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 179;
- DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, 4, p. 86;
- DANIELE M.-KOSTORIS R.E. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018;
- DANOVI R., *Ordinamento forense e deontologia*, Giuffrè, 2022;
- DARAIO G., *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 1133;
- DE AMICIS G., *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Dir. Pent. Cont. Riv. Trim.*, 2021, 4, p. 143;
- DE AMICIS G., *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 239;
- DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1, p. 22;
- DE AMICIS G., *Scambio di informazioni e di intelligence, squadre investigative comuni*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 791;
- DE AMICIS G., *Limiti e prospettivi del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 475;
- DE AMICIS G., *Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova decisione 2009/426/GAI*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4453;
- DE AMICIS G., *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3033;
- DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 469;
- DE AMICIS G.-IUZZOLINO G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3067;

BIBLIOGRAFIA

- DE BONDT W., *Cooperation in Criminal Matters through the Eyes of the Luxembourg Court: the Case Law of 2019*, in *European Criminal Law Review*, 2020, p. 171;
- DE BONDT W.-VERMEULEN G., *Esperanto for EU crime statistics: towards common EU offence definitions in an EU-level offence classification system*, in M. COOLS *et al* (a cura di), *Readings on criminal justice, criminal law & policing*, Maklu, 2009, p. 94;
- DE LEO F., *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003;
- DE LUCA C., *Ordine europeo d'indagine e opposizione al decreto di riconoscimento: una nuova pronuncia della Cassazione*, in *Sist. Pen.*, 06 ottobre 2022;
- DE LUCA C., *La Corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. Pen.*, 09 marzo 2022;
- DE LUCA C., *L'ordine europeo d'indagine penale: disciplina normativa e prime esperienze applicative*, Università degli Studi di Milano, 2021;
- DE LUCA C., *Il restyling della cooperazione giudiziaria penale: nuovi istituti e vecchi problemi*, in *Cass. Pen.*, 2019, 11, p. 4110;
- DEAGLIO L., *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, p. 1438;
- DEDIU D., *Protection of fundamental rights in the light of the directive regarding European investigation order*, in *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale*, 2018, p. 298;
- DEDIU D., *The European Investigation Order in Criminal Matters - Grounds for Non-Recognition or Non-Execution*, in *Lex ET Scientia International Journal*, 2018, 2, p. 202;
- DEL COCO R., *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 167;
- DEL GAUDIO M., *Indagini parallele tra Spagna e Italia: un reciproco riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 237;
- DEMARTIS F., *La Cassazione rifiuta la rogatoria per le intercettazioni all'estero col captatore informatico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 10, p. 1352;
- DEPAUW S., *Electronic Evidence in Criminal Matters: How About E-Evidence Instruments*

BIBLIOGRAFIA

- 2.0?, in *European Criminal Law Review*, 2018, p. 62;
- DEPAUW S., *A European Evidence (Air)Space? Taking Cross-Border Legal Admissibility of Forensic Evidence to a Higher Level*, in *European Criminal Law Review*, 2016, 1, p. 82;
- DERVIEUX V., *Il processo penale in Francia*, in M. Delmas-Marty (ed. italiana a cura di M. Chiavario), Cedam, 1998, p. 87;
- DI CHIARA G., *The Protection of the Right of Freedom on the European Union Level: The European Arrest Warrant and Non-custodial Pre Trial Measures. The Guideline of the Principle of Proportionality: An Interpretive Perspective*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 241;
- DICKER S., *Die Europäische Ermittlungsanordnung: - Anspruch und wahrscheinliche Wirklichkeit bei einer Umsetzung der geplanten Richtlinie in Deutschland*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2012, 4, p. 417;
- DIDDI A., *Specifici atti di indagine*, in F. RUGGERI (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, 2018, p. 3;
- DINACCI F.R., *Le regole generali delle prove, Procedura penale – Teoria e pratica del processo*, a cura di G. SPANGHER ET AL., Utet, 2015, p. 757;
- DRI F.-GRISONICH E., *La Corte di Giustizia chiarisce le modalità di predisposizione dell'OEI*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, 1, p. 44;
- DUBARRY P., *La création d'un parquet européen. L'eupéanisation de la lutte contre la délinquance économique et financière*, in *Revue de droit international d'Assas*, 2018, 1, p. 152;

E

- ERBEŽNIK A., *The Principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 3;
- ESPINA J., *The European Investigation Order and the hearing of witnesses and experts by telephone conference*, in *European Law Blog*, 18 maggio 2020;
- ESPINA RAMOS J.A., *The European Investigation Order and Its Relationship with Other Judicial Cooperation Instruments. Establishing Rules on the Scope and Possibilities of Application*, in *Eucrim*, 2019, 1, p. 53;

BIBLIOGRAFIA

ESPOSITO G., *Analisi del "Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order"*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2021, 3, p. 677;

F

FABBRICATORE A., *L'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, p. 798;

FALATO F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 1;

FALETTI F., *The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality*, in *Eucrim*, 2017, 1, p. 25;

FALKIEWICZ A., *The Double Criminality Requirement in the Area of Freedom, Security and Justice - Reflections in Light of the European Court of Justice Judgment of 11 January 2017, C-289/15, Criminal Proceedings against Jozef Grundza*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 2, p. 258;

FANCIULLO F., *Introduzione alla linguistica storica*, Il Mulino, 2013;

FERRARI A., *MAE e autorità giudiziaria dello Stato emittente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1765;

FIGLIOLI G., *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quanto "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. Bene-L. Luparia-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 79;

FIGLIOLI G., *Il pubblico ministero europeo, tra poteri investigativi nazionali e regole probatorie "in bianco"*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, p. 190;

FIGLIOLI G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 6, p. 705;

FIGLIOLI F., *I trasferimenti dei detenuti*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 279;

FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1913;

FOFFANI L., *The Protection of EU Financial Interests: The Tip of the Iceberg of the Europeanization of the Criminal System*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory*

BIBLIOGRAFIA

- of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, 2013, p. 215;
- FORNARI U., *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 364 ss.
- FOTI D., *European Investigation Order and Non-Repeatability of Evidence in Cross-Border Cases: the Italian Perspective*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 151;
- FRANCOLINI G., *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sist. Pen.*, 2020, 10, p. 5;
- FRANZ S., *Questioni in tema di regime transitorio*, in M. Daniele-R.E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 199;
- FURFARO S., *Misure di prevenzione*, Giappichelli, 2013;
- G**
- GALLUCCIO A., *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis* in idem, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, p. 286;
- GARCIMARTÍN MONTERO R., *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, in *European Criminal Law Review*, 2017, 1, p. 45;
- GASCÓN INCHAUSTI F., *Report on Spain*, in S. Ruggeri (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 475;
- GASPARRE A., *La prova penale in Europa*, in *Università degli Studi di Padova*, 2020;
- GATTO C.E., *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 2, p. 69;
- GAUDIERI A., *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in *Giur. It.*, 2019, p. 2024;
- GENÇ B.-BADA E., *English as a World Language in Academic Writing*, in *The Reading Matrix*, 2010, 10, p. 143;
- GENSCHER C.-UNGER L.- KULUNDŽIJA N., *National Report Austria*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione;

BIBLIOGRAFIA

- GERACI R.M., *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: il Regolamento (UE) 2018/1805*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2021, 5, p. 1268;
- GERACI R.M., *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di Regolamento e-evidence*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3, p. 1340;
- GERACI R.M., *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. Pen.*, 2019, 9, p. 3184;
- GERACI R.M., *Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2019, 5, p. 1157;
- GIACOMETTI M., *La décision d'enquête européenne: la révolution de la coopération judiciaire entre États membres de l'Union est en marche!*, in *Journal des tribunaux*, 28 ottobre 2017, p. 649;
- GIACOMETTI M.-NEVEU S., *La décision d'enquête européenne: un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte de preuves au sein de l'UE?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 861;
- GONZATO E., *Squadre investigative comuni: l'Italia finalmente recepisce la Decisione Quadro 2002/465/GAI*, in *Rivista Eurojus*, 14 marzo 2016,;
- GRANDI C., *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del Regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. Pen.*, 31 maggio 2021;
- GRANDI C., *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, p. 1619;
- GRASSIA R.G., *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della Direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 199;
- GREVI V., *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 2783;
- GRIFANTINI F.M., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 6, p. 1;
- GRIIO A., *The Defendant's Rights in the Hearing by Videoconference*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 119;

BIBLIOGRAFIA

GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020;

GUALTIERI P.-SPANGHER G., *Le misure cautelari reali*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano 2015, p. 443;

GUERRA J.E.-JANSSESNS C., *Legal and Practical Challenges in the Application of the European Investigation Order*, in *Eucrim*, 2019, 1, p. 46;

H

HEARD C.-MANSELL D., *The European Investigation Order: changing the face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 353;

HECKER B., *Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 269;

HEIMRICH C., *European arrest warrants and the independence of issuing judicial authority – How much independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C- 82/19 PPU OG and PI)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 10, p. 389;

HOCALOĞLU BAHADIR N., *The official language status of English within the EU institutions after Brexit*, in *Eastern Journal of European Studies*, 2020 1, p. 305;

HUYBREGHTS G., *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, in *ERA Forum*, 2015, p. 379;

I

IERMANO A., *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e “limiti” alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell’UE*, 2019, 3, p. 525;

J

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ F., *Orden europea de investigación ¿adiós a las comisionados rogatorias*, in C. ARANGÜENA FANEGO (a cura di), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares, 2011, p. 201;

BIBLIOGRAFIA

JIMENO BULNES M., *Orden europea de investigación en materia penal: una perspectiva europea y española*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 25;+

JURKA R.-ZAJANČKAUSKIENĖ J., *Movement of Evidence in the European Union: Challenges for the European Investigation Order*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2016, 1, p. 56;

JUSZCZAK A.-SASON E., *Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor's Office (EPPO)?*, in *Eucrim*, 2019, 1, p. 66;

JUY-BIRMANN R., *Il processo penale in Germania*, in M. DELMAS-MARTY (ed. italiana a cura di M. Chiavario), Cedam, 1998, p. 57;

K

KARAS Z.-PEJAKOVIC DIPIC S., *Evaluation of the results of the European investigation order*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, 3, p. 492;

KLATT M.-MEISTER M., *Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 687;

KLIMEK L., *Mutual recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017;

KNYTEL D., *Evidence Gathering in the European Union: The Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 1, p. 66;

KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019;

KOSTORIS R.E., *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 276;

KOSTORIS R.E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 81;

KOSTORIS R.E., *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 3;

KOSTORIS R.E., *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2018, 5, p. 1437;

KOSTORIS R.E., *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R.E. KOSTORIS (a cura di),

BIBLIOGRAFIA

- Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016;
- KRÓL A., *Europejski nakaz dochodzeniowy jako kompleksowy instrument współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, in *Rocznik Administracji Publicznej*, 2019, 5, p. 125;
- KRUSE J.-AMMON U., *Language competence and language choice within EU institutions and their effects on national legislative authorities*, in A. BERTHOUD-F. GRIN-G. LÜDI (a cura di), *Exploring the Dynamics of Multilingualism. The DYLAN Project*, John Benjamins Publishing Company, 2013, p. 174;
- KRYSZTOFIUK G., *Europejski nakaz dochodzeniowy*, in *Prokuratura i Prawo*, 2015, 12, p. 74;
- KUSAK M., *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality*, in *ERA Forum*, 2019, p. 391;
- KUSAK M., *Obrońca a Europejski nakaz dochodzeniowy*, in *Palestra*, 2019, 3;
- KUSAK M., *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2017, p. 337;
- KUSAK M., *Europejski Nakaz Dochodzeniowy – Przełom w Dziedzinie Europejskiego S'Ci-gania Karnego?*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny I Socjologiczny*, 2012, 4, p. 93;
- KUSAK M., *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU*, Maklu, 2016;
- L**
- LANOTTE M., *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. Pen.*, 2021, 3, p. 1054;
- LARO GONZÁLEZ E., *El derecho al recurso en clave europea: el régimen previsto por la orden europea de investigación*, in *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2022, 6, p. 182;
- LARO GONZÁLEZ E., *Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2022, 1, p. 285;
- LARO GONZÁLEZ E., *El Reglamento E-evidence: instrumento adicional a la Orden europea de investigación*, in *La Ley Probática*, 2021, 3;
- LARO GONZÁLEZ E., *La orden europea de investigación en el espacio europeo de justicia*,

BIBLIOGRAFIA

- Tirant lo blanch, 2021;
- LARO GONZÁLEZ E., *La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación*, in *InDret*, 2021, 4, p. 412;
- LATTANZI G., *Eugenio Selvaggi e la cooperazione giudiziaria penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 4, p. 2021;
- LAVARINI B., *Il ne bis in idem convenzionale e “doppio binario” sanzionatorio: il problema del “doppio giudicato”*, in *Leg. pen.*, 15 marzo 2016;
- LELIEUR J., *Report on France*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 399;
- LEONHARDT A., *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, Springer, 2017;
- LIGETI K. ET AL., *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU*, in *Eucrim*, 2020, 3, p. 201;
- LIONELLO L., *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, 1, 2020;
- LO VOI F., *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 539;
- LORENZETTO E., *Continua la saga dei vizi capitali: contraddittorio violato nell'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2020, p. 4093;
- LORENZETTO E., *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito europeo*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1302;
- LORENZETTO E., *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 337;
- LORENZETTO E., *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE-R. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Giappichelli, 2018, p. 151;
- LUPARIA L., *Note conclusive nell'orizzonte di attuazione dell'ordine europeo di indagine*, in T. Bene-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 249;

BIBLIOGRAFIA

M

- M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021;
- M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019;
- MAGGIO P., *Intercettazioni no limits: il captatore informatico “per istradamento”*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2021, 2, p. 448;
- MAGGIO P., *The EIO Proposal for a Directive and Mafia Trials: Striving for Balance between Efficiency and Procedural Guarantees*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 139;
- MANDELLI M.L., *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d’arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4512;
- MANFREDINI F., *L’acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l’attività investigativa della Procura Europea e l’ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 11, p. 4211;
- MANGIARACINA A., *Il procedimento di esecuzione dell’OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 105;
- MANGIARACINA A., *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto: l’Italia attua la Direttiva relativa all’ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 2, p. 158;
- MANGIARACINA A., *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 113;
- MARAFIOTI L., *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L’ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 9;
- MARCHEGIANI M., *L’obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2006, p. 563;
- MARCHETTI M.R., *Introduzione – La cooperazione “tradizionale” e le nuove frontiere di*

BIBLIOGRAFIA

- assistenza giudiziaria*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 1;
- MARCHETTI M.R., *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 827;
- MARCHETTI M.R., *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, Cedam, 1990;
- MARCOLINI S., *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. Pen.*, 2019, 9, p. 3370;
- MARCOLINI S., *La procedura attiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 313;
- MARCOLINI S., *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, 2018, p. 3;
- MARINELLI C., *Le speciali previsioni per alcuni mezzi istruttori transazionali*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 221;
- MARTY M., *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Université de Bordeaux, 2014;
- MAUGERI A.M., *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 gennaio 2019;
- MAURO C., *"Minimum" Procedural Rights in Judicial Cooperation Procedures*, in T. FARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 71;
- MAZZA G., *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 10, p. 1343;
- MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. tributaria*, 2015, p. 1033;
- MAZZACUVA F., *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p.

BIBLIOGRAFIA

- 135;
- MAZZURI J., *L'indipendenza del pubblico ministero nello spettro del mandato di arresto europeo*, in *Quad. Cost.*, 2020, 2, p. 446;
- MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 353;
- MENNA M., *Mandato europeo di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 169;
- MIETTINEN S., *Criminal law and policy in the European Union*, Routledge, 2013;
- MIHAIL S., *Interception of Telecommunications and Emails Seizure: What Are the EU Charter's Limitations*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, 2, p. 258;
- MIRISAN L.V., *The European Investigation Order*, in *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*, 2018, p. 217;
- MITSILEGAS V., *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 45;
- MOISE A.C., *Interception of Communications or Any Type of Remote Communication Seen as a Special Method of Forensic Investigation*, in *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale*, 2020, p. 127;
- MÖLLER K., *Proportionality: Challenging the Critics*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 709;
- MONTAIN-DOMENAH J., *Le droit de l'espace judiciaire pénal européen: un nouveau modèle juridique?*, in *Cultures&Conflits*, 2006;
- MONTALDO S., *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 11, p. 1;
- MONTALDO S., *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 *Il Diritto dell'UE*, 30 giugno 2017;
- MONTALDO S., *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *Leg. Pen.*, 04 febbraio 2016;

BIBLIOGRAFIA

MONTALDO S., *On a Collision Cruise! mutual recognition, mutual trust and the protection of fundamental rights in the recent case-law of the court of justice*, in *European Papers*, 2016, 1, p. 965;

MONTALDO S., *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito ed il successivo opt-in per 35 misure*, in *www.rivista.eurojus.it*, 01 dicembre 2014;

MONTALDO S.-LIPANI M.F., *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce di principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Leg. Pen.*, 05 luglio 2017;

MONTESQUIEU C., *De l'esprit des lois. Livre onzième. Chapitre VI*, 1758;

MORENO CATENA V., *Judicial Cooperation and Protection of Fundamental Rights in the Prevention and Prosecution of Terrorism*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 139;

N

NANNI F., *Le intercettazioni telefoniche*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 459;

NEUMANN L., *The EPPO's material competence and the misconception of „inextricably linked offences”*, in *Eu crim*, 2022, 3, p. 233;

NIETO MARTIN A., *The Foundations of Mutual Recognition and the Meaning of Dual Criminality*, in *European Criminal Law Review*, 2018, 2, p. 160;

NOWAK C. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office and National Authorities*, Cedam, 2016;

O

ÖBERG J., *Guest editorial: EU agencies in transnational criminal enforcement: from a coordinated approach to an integrated EU criminal justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, p. 1;

ODDI V., *La Corte interpreta se stessa: nuove riflessioni in tema di MAE e di «autorità giudiziaria emittente»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1178;

BIBLIOGRAFIA

OLIVEIRA E SILVA S., *Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: a headlong rush into Europe-wide harmonization?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, 2, p. 198;

OPITEK P., *Wybrane aspekty pozyskiwania dowodów cyfrowych w sprawach karnych*, in *Prokuratura i Prawo*, 2018, 7-8, p. 65;

OUWERKERK J., *The Potential of Mutual Recognition as a Limit to the Exercise of EU Criminalisation Powers*, in *European Criminal Law Review*, 2017, p. 5;

P

PALMIERI L., *Il ricorso alla pec non assicura nessuna presunzione di conoscenza nei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 11, p. 1456;

PANZAVOLTA M., *Le indagini bancarie*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 311;

PANZAVOLTA M., *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO-M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Cacucci, 2016, p. 381;

PAOLUCCI C.M., *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra gli strumenti vigenti. Una bussola per l'interprete*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 215;

PAPUCHAROVA G., *The request for mutual assistance and the European investigation order – Is the modern legal assistance instrument better than its predecessor*, in *International Conference Knowledge-Based Organization*, 2020, 2, p. 211;

PAPUCHAROVA G., *Short Profiles of different European Investigation Order Domestic Regulations in the European Union*, in *International Conference Knowledge-Based Organization*, 2019, 2, p. 169;

PARODI C., *Principi interpretativi e prassi operative per EIO passivi (Gruppo affari internazionali della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino)*, 29 gennaio 2021;

PARODI C., *Ordine europeo di indagine: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1314;

BIBLIOGRAFIA

- PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 515;
- PAULESU P.P., *Le operazioni sotto copertura*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 337;
- PAULESU P.P., *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine*, in *Arch. Pen.*, 2018, 1, p. 25;
- PAULESU P.P., *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, p. 653;
- PELOSO C., *L'implementazione dell'Ordine europeo di indagine penale nell'ordinamento italiano: il D.lgs n. 108/2017 tra principi fondanti e recenti apporti giurisprudenziali*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2020, 1, p. 9;
- PELOSO C., *La Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale (Parte Prima)*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2019, 6, p. 552;
- PEPE F., *La corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 520;
- PÉREZ GIL J., *Orden Europea de investigacion: primeras respuestas del TJUE*, in *Revista Aranzadi Union Europea*, 2020, 12, p. 153;
- PÉREZ MARÍN Á., *The European Public Prosecutor's Office – Protecting the Union's Financial Interests through Criminal Law*, in *Eu crim*, 2020, 1, p. 36;
- PERRASCO L., *Nuove tecnologie e giustizia penale: il congresso annuale dell'associazione internazionale di diritto penale – gruppo italiano*, in *Cass. Pen.*, 2019, 7, p. 2718;
- PICCIRILLO R., *Il trasferimento temporaneo di soggetti detenuti per indagini o assunzione di prove*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 493;
- PICCIRILLO R., *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 511;
- PICCIRILLO R., *I profili funzionali e strutturali dell'ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 57;
- PISANI M., *La Decisione Quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. It. Dir.*

BIBLIOGRAFIA

- Proc. Pen.*, 2009, p. 479;
- POLLICINO O.-RANDO G., *Judicial Cooperation and Multilevel Protection of the Right to Liberty and Security in Criminal Proceedings. The Influence of European Courts' Case-Law on the Modern Constitutionalism in Europe*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 51;
- PONTI C., *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della Direttiva 2014/41/UE*, in *Leg. Pen.*, 02 ottobre 2017;
- PRESSACO L., *Profili fondamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2018, p. 4399;
- PULITO L., *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. Pen.*, 2010, 10, p. 376;

R

- RAFARACI T., *Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office: Ideas, Project and Fulfilment*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 157;
- RAFARACI T., *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 295;
- RAFARACI T., *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 37;
- RAFARACI T., *The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 331;
- REALE E.P., *Defence Areas and Limits in the Investigations of the European Public Prosecutor*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019,

BIBLIOGRAFIA

- p. 205;
- RIBEYRE C., *Procédure pénal*, Presses universitaires de Grenoble, 2016;
- RIJKEN C.-VERMEULEN G. (a cura di), *Joint investigation teams in the European Union: from theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006;
- ROMA VALDÉS A., *The mutual recognition principle in criminal matters: a review*, in *ERA Forum*, 2015, p. 291;
- ROSANÒ A., *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *Leg. Pen.*, 09 marzo 2021;
- ROSANÒ A., *Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e MAE*, in *Sist. Pen.*, 07 ottobre 2020;
- ROSANÒ A., *Il nuovo mondo della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea: le proposte della commissione europea sugli ordini di produzione e conservazione di prove elettroniche (e-evidence)*, in *Leg. Pen.*, 16 ottobre 2020;
- ROSANÒ A., *Congelamento e confisca di beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *Eurojus*, 07 gennaio 2019;
- RUDONI R., *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, p. 555;
- RUGGERI S., *Transnational Investigation and Prosecutions of Cross-Border Cases in Europe: Guidelines for a Model of Fair Multicultural Criminal Justice*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 193;
- RUGGERI S., *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 279;
- RUGGERI F., *Eurojust and the European Public Prosecutor's Office after the Lisbon Treaty*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni*

BIBLIOGRAFIA

- Tranchina, Springer, 2013, p. 215;
- RUGGIERI F., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018, 1, p. 131;
- RUIZ ALBERT M.A., *La orden europea de investigaciòn en Espana: armonias, acordes, disonancias*, in T. BENE-L. LUPARIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 129;
- RUSU I., *The Enforcement of Investigative Measures Based on the European Investigation Order in Criminal Matters: Comparative Examination Relating to the Romanian Law: Critical Opinions and de Lege Ferenda Proposals*, in *Juridical Tribune*, 2017, 1, p. 179;
- RUSU I., *The enforcement of investigative measures based on the European investigation order in criminal matters. Comparative examination relating to the Romanian law. Critical opinions and de lege ferenda proposals*, in *Juridical Tribune*, 2017, 1, p. 179;
- RUSU I., *European Investigation Order in Criminal Matters in the European Union: General Considerations. Some Critical Opinions*, in *Juridical Tribune*, June 2016, 1, p. 56;
- S**
- SALAZAR L., *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in *Cass. Pen.*, 2021, 4, p. 1376;
- SALAZAR L., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione ai tempi della Brexit*, in *Sist. Pen.*, 2020, 3, p. 185;
- SALAZAR L., *Genesi della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 195;
- SALAZAR L., *La riforma di "Eurojust" e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 1, p. 43;
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1114;
- SALAZAR L., *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 1534;
- SALAZAR L., *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 1664;
- SALOMIR M., *European investigation order*, in *Caiete de Drept Penal*, 2018, 1, p. 84;

BIBLIOGRAFIA

- SALOMON LUCAS A.-LLAMBÉS SÁNCHEZ M.I., *Mutual legal assistance on criminal matters: when theory meets practice - a real story*, in *ERA Forum*, 2021, p. 337;
- SALUZZO S., *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Ledizioni, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2017;
- SANDULLI A., *Voce Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffré, 2006, p. 4643;
- SATZGER H., *Application Problems Relating to "Ne bis in idem" as Guaranteed under Art. 50 CFR/Art. 54 CISA and Art. 4 Prot. No. 7 ECHR*, in *Eucrim*, 2020, 3, p. 213;
- SCALFATI A., *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2017, 2, p. 217;
- SCHALLMOSER N.M., *Country Report "Austria"*, in M. BÖSE-M. BRÖCKER-A. SCHNEIDER (a cura di), *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, 2021, p.19;
- SCHÜNEMANN B., *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 161;
- SCHÜNEMANN B., *The European Investigation Order: a Rush into the wrong Direction*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 29;
- SCOMPARIN L. ET AL., *Abbreviated National Report – Italy*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione;
- SCOMPARIN L.-CABIALE A., *The proportionality test in Directive 2014/41/EU: present and future of a fundamental principle*, in *Eurojus*, 2022, 2, p. 72;
- SELLIER E.-WEYEMBERGH A., *Criminal procedural laws across the European Union. A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, in *Study requested by the LIBE committee*, 2018;
- SELVAGGI E., *Venticinque anni di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 4, p. 2023;
- SELVAGGI E., *C'è un altro mondo là fuori: ovvero il futuro della cooperazione giudiziaria*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 557;

BIBLIOGRAFIA

- SEMINARA S., *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2022, 11, p. 1381;
- ŠEPEC M. ET AL., *National Report Slovenia*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione, p. 100;
- ŠEPEC M.-DUGAR T.-STAJNKO J., *European Investigation Order – A Comparative Analysis of Practical and Legal Dilemmas*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *The European Investigation Order. Legal Analysis and Practical Dilemmas of International Cooperation*, Duncker & Humboldt, in corso di pubblicazione;
- SICURELLA R., *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, p. 845;
- SIEBER U.-NEUBERT C.W., *Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2016, 20, p. 241;
- SIGNORATO S., *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, 2018;
- SIMONATO M., *Mutual recognition in criminal matters and legal remedies: the first CJEU judgment on the European Investigation Order*, in www.europeanlawblog.eu, 01 aprile 2020;
- SINN A., *Report on Germany*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 409;
- SIRACUSANO F., *The European investigation order for evidence gathering abroad*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU criminal justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 85;
- SIRACUSANO F., *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p.675;
- SMUHA N.A., *Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency*, in *European Criminal Law Review*, 2018, 1, p. 83;
- SPAGNOLO P., *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2020, 3, p. 1290;

BIBLIOGRAFIA

- SPAGNOLO P., *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 263;
- SPAGNOLO P., *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 75;
- SPENCER J.R., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 341;
- SPIEZIA F., *L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*;
- SUOMINEN A., *Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 210;
- SUOMINEN A., *Different Implementations of Mutual Recognition Framework Decisions*, in *Eucrim*, 2011, 1, p. 24;
- SZIJÁRTÓ I., *Considerations regarding the Gavanozov II case before the CJEU*, in www.eiolapd.eu, 29 marzo 2021;
- T**
- TABASCO G., *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam, 2017;
- TAUPIAC-NOUVEL G., *The Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters: a New Model of Judicial Cooperation Within the European Union*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 236;
- THOMAS J., *The principle of mutual recognition—success or failure?*, in *ERA Forum*, 2013, p. 585;
- THUNBERG SCHUNKE M., *The Manifesto on European Criminal Procedure Law; a commentary on the perspective of mutual recognition and violations of defence rights*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 46;
- TINOCO-PASTRANA Á., *The Proposal on Electronic Evidence in the European Union*, in *Eucrim*, 2020, 1, p. 46;
- TINOCO PASTRANA Á., *La transposicion de la orden europea de investigacion en materia penal en el ordenamento español*, in *Freedon, Security, Justice*, 2018, 3, p. 116;

BIBLIOGRAFIA

- TINOCO PASTRANA Á, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2017, 2, p. 342;
- TOMASITS R., *Anordnung und Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung in Österreich – Ausgewählte Problembereiche*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2022;
- TOSZA S., *The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence. Overview and Critical Remarks*, in *Eucrim*, 2018, 4, p. 212;
- TRAPPELLA F., *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2018, 1, p. 114;
- TRICOT J., *Chronique de droit et de jurisprudence de l'Union européenne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018, 4, p. 1015;
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 530;
- TROGU M., *Sulla utilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni tra presenti svolte all'estero mediante captatore informatico*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2021, 3, p. 583;
- TROGU M., *Ordine europeo di indagine penale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1004;
- TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An Assault on Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, p. 468;

U

- UBERTIS G., *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 49;
- UBERTIS G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, p. 3;
- UBERTIS G., *La prova acquisiti all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. Pen.*, 2014, 2, p. 696;
- UNGER L., *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Augewählte Problemstellungen*, in *Urban (Hrsg)*, 2021, p. 39;

V

BIBLIOGRAFIA

- VENEGONI M., *Procura europea – EPPO*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1151;
- VERMEULEN G.-DE BONDT W.-VAN DAMME Y., *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters: towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Maklu, 2010;
- VERVAELE J.A.E., *Il progetto di Decisione Quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, 2009, p. 158;
- VIGANÒ F., *A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 ottobre 2016;
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 maggio 2016;
- VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e giustizia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 4;
- VOGLER R., *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue between the European Court of Human Rights and National Courts*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 181;
- VOGLER R., *The European Investigation Order: Fundamental Rights at Risk?*, S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 45;
- VOGLER R., *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 27;
- VOYNOVA R., *Modern Instruments for Evidence-Gathering in Criminal Matters across EU*, in *De Gruyter*, 2018, p. 249;

W

- WALDE M.L., *The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights*,

BIBLIOGRAFIA

- transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p.165;
- WEBBER G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, p. 179;
- WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2019, p. 207;
- WEYEMBERGH A.-DE BIOLLEY S., *The EU Mutual Legal Assistance Convention of 2000 and the Interception of Telecommunications*, in *European Journal of Law Reform*, 2006, 2-3, p. 285;
- WORTMANN M., *Die Europäische Ermittlungsandordnung in Strafsachen*, Nomos, 2020;
- X**
- XANTHOPOULOU E., *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, Bloomsbury Publishing, 2020;
- Z**
- ZAHARIEVA R., *The European Investigation Order and the Joint Investigation Team – which road to take*, in *ERA Forum*, 2017, p. 397;
- ZANETTI E., *La via italiana alla Procura Europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, p. 264;
- ZANETTI E., *La richiesta dall'estero*, in F. RUGGERI (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, 2018, p. 39;
- ZIMMERMANN F.-GLASER S.-MOTZ A., *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 56;
- ZÖLLER M., *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: An Introduction* in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, 2013, p. 229.

BIBLIOGRAFIA

- C.G.UE, Sez. I, 01 agosto 2022, *T.L. (Ministério Publico)*, C-242/22;
- C.G.UE, Sez. III, 14 luglio 2022, *K.L. (Procureur général près la cour d'appel d'Angers)*, C-168/21;
- C.G.UE, Sez. IV, 30 giugno 2022, *I.R.*, C-105/21;
- C.G.UE, Sez. VII, 07 aprile 2022, *D.B.*, C-150/21;
- C.G.UE, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bpost*, C-117/20;
- C.G.UE, Grande Sezione, 22 febbraio 2022, *X e Y*, C-562/21 e C-563/21;
- C.G.UE, Sez. VI, 10 febbraio 2022, *L.M.*, C-219/20;
- C.G.UE, 16 dicembre 2021, *H.P.*, C-724/19;
- C.G.UE, Sez. I, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19;
- C.G.UE, Sez. III, 21 ottobre 2021, *DR e TS*, C-845/19 e C-863/19;
- C.G.UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, *Randstad Italia S.p.A.*, C-497/20;
- C.G.UE, Sez. X, 21 ottobre 2021, *Z.X.*, C-282/20;
- C.G.UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, *W.Ž.*, causa C-487/19;
- C.G.UE, Sez. IV, 02 settembre 2021, *X.K. (Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Münster)*, C-66/20;
- C.G.UE, Sez. VI, ord. 01 settembre 2021, *OKR*, C-387/20;
- C.G.UE, Sez. V, 29 aprile 2021, *X*, C-665/20;
- C.G.UE, Grande Sezione, 20 aprile 2021, *Repubblika c. Prim Ministru*, C-896/19;
- C.G.UE, Grande Sezione, 15 aprile 2021, *H.A.*, C-194/19;
- C.G.UE, Sez. I, 10 marzo 2021, *M.A.*, C-949/19;
- C.G.UE, Sez. I, 10 marzo 2021, *P.I.*, C-648/20;
- C.G.UE, Sez. I, 14 gennaio 2021, *OM*, C-393/19;
- C.G.UE, Sez. III, 13 gennaio 2021, *M.M. (Spetzializirana prokuratura)*, C-414/20;
- C.G. UE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, *L e P*, C-354/20 e C-412/20;
- C.G.UE, Grande Sezione, 08 dicembre 2020, *A. e A. (Staatsanwaltschaft Wien)*, C-584/19;
- C.G.UE, Sez. IV, 24 settembre 2020, *X.C. (Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof)*, C-195/20;
- C.G.UE, Sez. IX, 16 settembre 2020, *Anesco*, C-462/19;
- C.G.UE, Sez. I, 09 settembre 2020, *J.P. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-651/19;
- C.G.UE, Sez. V, 16 luglio 2020, *Milkiyas Addis c. Bundesrepublik Deutschland*, C-517/17;

BIBLIOGRAFIA

- C.G.UE, Sez. I, 19 marzo 2020, *L.H.*, C-564/18;
- C.G.UE, Sez. I, 19 marzo 2020, *PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-406/18;
- C.G.UE, Grande Sezione, 21 gennaio 2020, *Banco de Santander SA*, C-274/20;
- C.G.UE, Sez. I, 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, C-752/18;
- C.G.UE, Sez. I, 12 dicembre 2019, *J.R. e Y.C.*, C-566/19 e C-626/19;
- C.G.UE, Sez. I, 12 dicembre 2019, *X.D.*, C-625/19;
- C.G.UE, Sez. I, 12 dicembre 2019, *Z.B.*, C-627/19;
- C.G.UE, Sez. I, 24 ottobre 2019, *Gavanozov I*, C-324/17;
- C.G.UE, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/18;
- C.G.UE, Sez. II, 09 ottobre 2019, *N.J. (Generalstaatsanwaltschaft Berlin)*, C-489/19;
- C.G.UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *P.F. (Procuratore generale di Lituania)*, C-509/18;
- C.G.UE, Sez. I, 06 dicembre 2018, *IK*, C-551/18;
- C.G.UE, Sez. III, 07 novembre 2018, *K e B c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-380/17;
- C.G.UE, Sez. IV, 20 settembre 2018, *Montte SL*, C-546/16;
- C.G.UE, Grande Sezione, 25 luglio 2018, *LM*, C-216/18;
- C.G.UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate*, C-537/16;
- C.G.UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15;
- C.G.UE, Grande Sezione, 10 ottobre 2017, *Farrel c. Whitty*, C-413/15;
- C.G.UE, Grande Sezione, 17 luglio 2017, *Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Macerata*, C-58/13 e C-59/13;
- G.UE, Sez. V, 16 febbraio 2017, *Ramón Margarit Panicello c. Pilar Hernández Martínez*, C-503/15;
- C.G:UE, Sez. IV, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16;
- C.G.UE, Sez. IV, 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, C-477/16;
- C.G.UE, Sez. III, 20 ottobre 2016, *Evelyn Danqua*, C-492/15;
- C.G.UE, Grande Sezione, 29 giugno 2016, *Piotr Kossowski*, C-496/14;
- C.G.UE, Grande Sezione, 24 maggio 2016, *M.T. Højgaard A/S e Züblin A/S c. Banedanmark*, C-396/14;
- C.G.UE, Grande Sezione, 05 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-695/15;
- C.G.UE, Grande Sezione, 16 luglio 2015, *Minister for Justice and Equality c. Francis*

BIBLIOGRAFIA

- Lanigan*, C-237/15;
- C.G.UE, Sez. II, 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-377/13;
- C.G.UE, Grande Sezione, 08 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12;
- C.G.UE, Grande Sezione, 14 novembre 2013, *Marián Baláž*, C-60/12;
- C.G.UE, Sez. II, 10 settembre 2013, *M.G. e N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-383/13;
- G.G.UE, Grande Sezione, 18 luglio 2013, *Kadi*, C-854/10, C-593/10 e C-595/10;
- C.G.UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10;
- C.G.UE, Grande Sezione, 06 settembre 2011, *Patriciello*, C-163/10;
- C.G.UE, Grande Sezione, 14 giugno 2011, *Paul Miles e altri c. Scuole europee*, C-196/09;
- C.G.UE, Grande Sezione, 16 dicembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06;
- C.G.UE, Sez. III, 12 agosto 2008, *Goicoechea*, C-296/08;
- C.G.UE, Sez. I, 16 marzo 2006, *Rosmarie Kapferer c. Shlank&Schick GmbH*, C-234/04;
- C.G.UE, Grande Sezione, 08 novembre 2005, *Götz Leffler c. Berlin Chemie AG*, C-443/03;
- C.G.UE, 12 luglio 1990, *Foster e altri c. British Gas plc*, C-188/89;
- C.G.UE, 19 gennaio 1982, *Becker c. Finanzmat Münster-Innenstadt*, C-8/81;
- C.G.UE, 20 febbraio 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- C. EDU, Sez. IV, 26 aprile 2022, *Vod Baur Impex S.r.l. c. Romania*, ric. n. 17060/15;
- C. EDU, Sez. III, 15 marzo 2022, *OOO Memo c. Russia*, ric. n. 2840/10;
- C. EDU, Grande Camera, 07 dicembre 2021, *Savran c. Danimarca*, ric. n. 57467/15;
- C. EDU, Sez. III, 31 agosto 2021, *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, ric. n. 12951/18;
- C. EDU, Grande Camera, 16 febbraio 2021, *Hanan c. Germania*, ric. n. 4871/16;
- C. EDU, Sez. II, 14 gennaio 2020, *Beizaras and Levickas c. Lituania*, ric. n. 41288/15;
- C. EDU, Grande Camera, 08 luglio 2019, *Mihalace c. Romania*, ric. n. 54012/10;
- C. EDU, Sez. II, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, ric. n. 72098/14;
- C. EDU, Sez. II, 12 febbraio 2019, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14;

BIBLIOGRAFIA

- C. EDU, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11;
- C. EDU, Sez. II, 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, ric. n. 32600/12;
- C. EDU, Sez. I, 18 maggio 2017, *Jòhannesson c. Islanda*, ric. n. 22007/11;
- C. EDU, Sez. V, 19 gennaio 2017, *Posevini c. Bulgaria*, ric. n. 63638/14;
- C. EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *AeB c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11;
- C. EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2016, *Mozer c. Repubblica Moldava e Russia*, ric. n. 1138/10;
- C. EDU, Sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, ric. n. 35623/05;
- C. EDU, Sez. I, 07 giugno 2007, *Smirnov c. Russia*, ric. n. 71362/01;
- C. EDU, 16 dicembre 1997, *Camenzind c. Svizzera*, ric. n. 21353/93;
- C. EDU, Grande Camera, 28 novembre 1997, *Mentes e altri c. Turchia*, ric. n. 23186/94;
- C. EDU, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, ric. n. 13710/88;
- C. EDU, 25 marzo 1983, *Silver c. Regno Unito*, ric. n. 5947/72.

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., Sez. VI, 24 maggio 2022, *Marino*, n. 25571;
- Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048;
- Cass., Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 8166;
- Cass., Sez. I, 26 ottobre 2021, n. 40584;
- Cass., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605;
- Cass., Sez. VI, 7 luglio 2021, n. 30143;
- Cass., Sez. III., 29 aprile 2021, n. 32866;
- Cass., Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885;
- Cass., Sez. II, 22 luglio 2020, n. 29362;
- Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2020, n. 3520;
- Cass., Sez. VI, 07 febbraio 2019, *Brega*, n. 14413;
- Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491;
- Cass., Sez. III, 19 dicembre 2019, n. 9986;
- Cass., Sez. II, 21 novembre 2019, n. 11032;
- Cass., Sez. II, 25 ottobre 2019, n. 4152;

BIBLIOGRAFIA

- Cass., Sez. VI, 13 giugno 2018, n. 27992;
Cass., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940;
Cass., Sez. VI, 01 febbraio 2018, n. 5548;
Cass., Sez. III, 18 ottobre 2018, n. 4979;
Cass., Sez. V, 6 novembre 2017, n. 57740;
Cass., Sez. VI, 6 novembre 2017, n. 56995;
Cass., Sez. II, 16 marzo 2017, n. 31643;
Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, n. 2173;
Cass., Sez. II, 01 ottobre 2015, n. 43341;
Cass., Sez. VI, 5 novembre 2009 n.49532;
Cass., Sez. III, 27 maggio 2009, n. 24653;
Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967;
Cass., Sez. Un., 11 luglio 2006, *Marseglia*, n. 27777;
Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, *Raso*, n. 9163.

APPENDICE NORMATIVA: FRANCIA

Partie législative

Article préliminaire

I.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.

Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.

II.-L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute

procédure pénale.

III.-Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie.

Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.

Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code.

Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.

Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.

Au cours de la procédure pénale, les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises, sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction.

Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.

En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.

En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout servi ou qui étaient destinés à commettre l'infraction ou qui paraissent être le produit direct ou indirect de l'infraction ainsi que de tout bien dont la valeur correspond au produit de cette infraction.

Article 694-11

Sans préjudice de l'application de l'article 694-4, la demande présentée en application de l'article 694-10 est rejetée si l'un des motifs de refus mentionnés à l'article 713-37 apparaît d'ores et déjà constitué.

Article 694-12

L'exécution sur le territoire de la République de saisies faisant l'objet d'une demande présentée par une autorité judiciaire étrangère, en application d'une convention internationale, est ordonnée, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités du présent code, par le juge d'instruction sur requête ou après avis du procureur de la République.

Article 694-13

Le refus d'autoriser l'exécution de la décision de confiscation prononcée par la juridiction étrangère emporte de plein droit, aux frais du Trésor, mainlevée des saisies ordonnées. Il en est de même lorsque les poursuites engagées à l'étranger ont pris fin.

Chapitre II: Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne

Article 694-14

Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux demandes d'entraide entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne.

Section 1: Des décisions d'enquête européenne prévues par la directive 2014/41/ UE du 3 avril 2014

Article 694-15

Sauf lorsqu'il en est disposé autrement par le présent code, les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne se font par l'intermédiaire des décisions d'enquête européenne, conformément aux dispositions de la présente section.

Article 694-16

Une décision d'enquête européenne est une décision judiciaire émise par un Etat membre, appelé Etat d'émission, demandant à un autre Etat membre, appelé Etat d'exécution, en utilisant des formulaires communs à l'ensemble des Etats, de réaliser dans un certain délai sur son territoire des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction pénale ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession. La décision d'enquête peut également avoir pour objet d'empêcher provisoirement sur le territoire de l'Etat d'exécution toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve. Elle peut aussi avoir pour objet le transfèrement temporaire dans l'Etat d'émission d'une personne détenue dans l'Etat d'exécution, afin de permettre la réalisation dans l'Etat d'émission d'actes de procédure exigeant la présence de cette personne, ou le transfèrement temporaire dans l'Etat d'exécution d'une personne détenue dans l'Etat d'émission aux fins de participer sur ce territoire aux investigations demandées. Les preuves mentionnées aux deux premiers alinéas peuvent également porter sur la violation par une personne des obligations résultant d'une condamnation pénale, même si cette violation ne constitue pas une infraction.

Article 694-17

Les Etats membres reconnaissent sans aucune formalité une décision d'enquête européenne et ils l'exécutent de la même manière et selon les mêmes modalités que si la demande émanait d'une autorité judiciaire nationale, sauf si est applicable un motif valable prévu par la présente section de non-reconnaissance, de non-exécution ou de report de la décision, et sous réserve de l'application des formalités expressément demandées par l'autorité d'émission non contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution.

Article 694-18

Il n'y a pas lieu à émission d'une décision d'enquête européenne:

1° Lorsqu'est mise en place une équipe commune d'enquête en application des articles 695-2 et 695-3; toutefois, lorsqu'une autorité compétente participant à une équipe commune d'enquête requiert l'assistance d'un Etat membre autre que ceux qui y participent, une décision d'enquête européenne peut être émise à cette fin;

2° Lorsqu'il est fait application des articles 695-9-1 à 695-9-30 sur le gel de biens susceptibles de confiscation, dès lors que la demande de saisie de ces biens n'est pas également demandée parce qu'ils sont susceptibles de constituer des éléments de preuve;

3° Lorsqu'est demandée une observation transfrontalière en application de l'article 40 de la convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990.

Article 694-19

Les modalités d'application de la présente section sont précisées par décret.

Sous-section 1: Dispositions relatives à l'émission d'une décision d'enquête européenne par les autorités judiciaires françaises

Paragraphe 1: Dispositions générales

Article 694-20

Le procureur de la République, le juge d'instruction, la chambre de l'instruction et son président ainsi que les juridictions de jugement ou d'application des peines et leurs présidents peuvent, à l'occasion des procédures dont ils sont saisis et dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction ou à l'exécution d'une peine et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte, poursuivie ou condamnée et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du présent code.

Cette émission peut intervenir d'office ou, conformément aux dispositions des articles 77-2, 82-1, 315, 388-5 et 459, sur demande de la personne suspecte ou poursuivie, de la victime ou de la partie civile.

Les autorités judiciaires mentionnées au premier alinéa ne peuvent émettre une décision d'enquête que pour l'exécution de mesures qu'elles sont elles-mêmes habilitées à ordonner ou exécuter conformément aux dispositions du présent code. Si la décision d'enquête concerne un acte exigeant l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, elle ne peut être émise qu'après l'autorisation de ce dernier. Les autorisations du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 76, 230-33, 230-34 et 706-92 peuvent ne pas mentionner l'adresse du lieu privé dans lequel une perquisition pourra intervenir ou dans lequel un dispositif de géolocalisation pourra être installé ou retiré, si cette adresse n'est pas connue lors de la délivrance de la décision d'enquête, à condition de mentionner l'identité de la personne chez laquelle ces opérations pourront intervenir. La première

décision du juge des libertés et de la détention prévue au 1° de l'article 230-33 permettant la poursuite pour un mois de la géolocalisation décidée pour quinze jours ou huit jours par le procureur de la République peut être délivrée avant l'émission de la décision d'enquête.

Lorsqu'à l'occasion de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, le magistrat se transporte sur le territoire de l'Etat d'exécution en application du cinquième alinéa de l'article 41 ou de l'article 93-1, il peut émettre une décision d'enquête en complément de la précédente décision.

Article 694-21

Toute décision d'enquête européenne est rédigée en utilisant un formulaire complété, signé, et dont le contenu est certifié comme étant exact et correct par l'autorité judiciaire d'émission, qui comporte notamment les informations suivantes:

- 1° L'identité et la qualité du magistrat ou de la juridiction qui l'émet;
- 2° L'objet et les motifs de la décision;
- 3° Les informations nécessaires disponibles sur la ou les personnes concernées;
- 4° Une description de l'infraction faisant l'objet de l'enquête ou de la poursuite, et les dispositions de droit pénal applicables;
- 5° Une description de la ou des mesures d'enquête demandées et des preuves à obtenir, ainsi que le cas échéant des formalités à respecter en application des dispositions prévues par le présent code, notamment l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat d'exécution dans les conditions prévues à l'article 694-20;
- 6° Le cas échéant, les références d'une décision d'enquête européenne antérieure que complète la nouvelle décision;
- 7° Le cas échéant, le délai dans lequel doit être exécutée la demande, notamment si ce délai est inférieur à quatre mois, en raison de délais de procédure, de la gravité de l'infraction ou d'autres circonstances particulièrement urgentes, ou la date spécifique à laquelle la mesure d'enquête doit être exécutée, ou le fait que la mesure d'enquête doit être réalisée en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée.

Article 694-22

La décision d'enquête européenne fait l'objet d'une traduction dans une langue officielle de l'Etat d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions de l'Union européenne acceptées par cet Etat.

Article 694-23

La décision d'enquête européenne est transmise directement aux autorités compétentes de l'Etat d'exécution par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et d'en établir l'authenticité. Toute autre communication officielle est effectuée directement entre le magistrat mandant et l'autorité d'exécution.

Article 694-24

Le fait que la mesure d'enquête réalisée dans l'Etat d'exécution ait été contestée avec succès devant les autorités de cet Etat et conformément au droit de cet Etat n'entraîne pas par lui-même la nullité des éléments de preuve adressés aux autorités judiciaires françaises, mais ces éléments ne peuvent servir de seul fondement à la condamnation de la personne.

Le non-respect des délais d'exécution de la demande d'enquête européenne ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis.

Paragraphe 2: Dispositions particulières à certaines mesures d'enquête

Article 694-25

Une personne détenue sur le territoire national ne peut être transférée dans un autre Etat pour les nécessités de l'exécution d'une décision d'enquête européenne que si elle y consent préalablement et que si son transfèrement n'est pas susceptible de prolonger sa détention.

Article 694-26

Lorsqu'une personne détenue sur le territoire d'un Etat membre est transférée sur le territoire national en exécution d'une décision d'enquête européenne émise par une autorité judiciaire française, sa mise en liberté ne peut être ordonnée que sur demande de l'Etat d'exécution.

Elle ne peut être soumise à aucune poursuite ni aucune mesure restrictive ou privative de liberté pour des faits commis ou des condamnations prononcées avant son départ du territoire de l'Etat d'exécution et qui ne sont pas mentionnés dans la décision d'enquête européenne.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont toutefois pas applicables lorsque la personne a été libérée et qu'elle est demeurée ou revenue sur le territoire national pendant au moins quinze jours après que sa présence a été requise.

Article 694-27

Lorsqu'une décision d'enquête est émise en vue de déterminer si une personne physique ou morale détient ou contrôle un ou plusieurs comptes auprès d'un établissement bancaire ou financier ou d'obtenir des renseignements concernant des comptes bancaires déterminés et des opérations bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée, le magistrat indique dans sa demande les raisons pour lesquelles il considère que les informations demandées sont susceptibles d'être utiles à la manifestation de la vérité et les raisons qui l'amènent à supposer que des banques situées dans l'Etat d'exécution détiennent le compte ainsi que, le cas échéant, les banques qui pourraient être concernées.

Article 694-28

Lorsqu'il émet une décision d'enquête afin d'obtenir l'assistance technique d'un Etat membre aux fins de mise en place d'une interception de télécommunications, le magistrat précise dans sa demande les informations nécessaires à l'identification de la personne visée par la demande d'interception, la durée souhaitée de l'interception et toutes les données techniques nécessaires à la mise en place de la mesure.

Sous-section 2: Dispositions relatives à la reconnaissance et l'exécution par les autorités judiciaires françaises d'une décision d'enquête européenne émanant d'un autre Etat membre

Article 694-29

Toute décision d'enquête européenne transmise aux autorités françaises doit être émise ou validée par une autorité judiciaire. Cette décision peut concerner, dans l'Etat d'émission, soit des procédures pénales, soit des procédures qui ne sont pas relatives à des infractions pénales mais qui sont engagées contre des personnes physiques ou morales par des autorités administratives ou judiciaires pour des faits punissables dans l'Etat d'émission au titre d'infractions aux règles de droit et par une décision pouvant donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale.

Article 694-30

La décision d'enquête européenne destinée aux autorités françaises est adressée, selon les distinctions prévues aux deuxième et troisième alinéas, au procureur de la République ou au juge d'instruction du tribunal judiciaire territorialement compétent pour exécuter la mesure demandée.

Lorsque la décision d'enquête porte sur des actes qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire, ou qui ne peuvent être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, la décision d'enquête est reconnue par le juge d'instruction, et elle est exécutée par ce magistrat ou par des officiers ou agents de police judiciaire agissant sur commission rogatoire de celui-ci.

Dans les autres cas, la décision d'enquête est reconnue par le procureur de la République et elle est exécutée par ce magistrat ou par les officiers ou agents de police judiciaire requis par lui à cette fin. Si le magistrat saisi n'est pas compétent, il transmet sans délai la décision d'enquête au procureur de la République ou au juge d'instruction compétent et en informe immédiatement l'Etat d'émission.

Paragraphe 1: Reconnaissance des décisions d'enquête européenne

Article 694-31

Le magistrat saisi refuse de reconnaître ou d'exécuter une décision d'enquête européenne dans l'un des cas suivants:

1° Si un privilège ou une immunité fait obstacle à son exécution; lorsque ce privilège ou cette immunité est susceptible d'être levé par une autorité française, la reconnaissance et l'exécution de la décision ne sont refusées qu'après que le magistrat saisi a adressé sans délai à l'autorité compétente une demande de levée de ce privilège ou de cette immunité et que celui-ci n'a pas été levé; si les autorités françaises ne sont pas compétentes, la demande de levée est laissée au soin de l'Etat d'émission;

2° Si la demande d'enquête est contraire aux dispositions relatives à l'établissement de la responsabilité pénale en matière d'infraction de presse de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle;

3° Si la décision porte sur la transmission d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal; en ce cas, la reconnaissance et l'exécution de la décision ne sont refusées qu'après que le magistrat saisi a adressé sans délai à l'autorité administrative compétente une demande tendant à la déclassification et à la communication des informations en application de l'article L. 2312-4 du code de la défense et que cette demande n'a pas été acceptée; si la demande de déclassification est partiellement acceptée, la reconnaissance et l'exécution de la décision d'enquête européenne ne peuvent porter que sur les informations déclassifiées;

4° Si la demande concerne une procédure mentionnée à l'article 694-29 du présent code et qui n'est pas relative à une infraction pénale, lorsque la mesure demandée ne serait pas autorisée par la loi française dans le cadre d'une procédure nationale similaire;

5° Si l'exécution de la décision d'enquête ou les éléments de preuve susceptibles d'être transférés à la suite de son exécution pourraient conduire à poursuivre ou punir à nouveau une personne qui a déjà été jugée définitivement, pour les faits faisant l'objet de la décision, par les autorités judiciaires françaises ou celles d'un autre Etat membre de l'Union européenne lorsque, en cas de condamnation, la peine a été exécutée, est en cours d'exécution ou ne peut plus être ramenée à exécution selon les lois de l'Etat de condamnation;

6° Si les faits motivant la décision d'enquête européenne ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française alors qu'ils ont été commis en tout ou en partie sur le territoire national et qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'ils n'ont pas été commis sur le territoire de l'Etat d'émission;

7° S'il existe des raisons sérieuses de croire que l'exécution de la mesure d'enquête serait incompatible avec le respect par la France des droits et libertés garantis par la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne;

8° Si les faits motivant la décision d'enquête ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française, sauf s'ils concernent une catégorie d'infractions mentionnée à l'article 694-32 et sanctionnée dans l'Etat d'émission d'une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée d'au moins trois ans, ou sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées par l'article 694-33;

9° Si la mesure demandée n'est pas autorisée par le présent code pour l'infraction motivant la décision d'enquête, sauf s'il s'agit d'une des mesures mentionnées à l'article 694-33. Dans les cas mentionnés aux 1°, 2°, 5°, 6° et 7° ci-dessus, avant de décider de ne pas reconnaître ou exécuter, en tout ou partie, une décision d'enquête européenne, le magistrat saisi consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, demande à cette autorité de lui fournir sans tarder toute information nécessaire.

Le magistrat saisi informe l'autorité d'émission, sans délai et par tout moyen permettant de laisser une trace écrite, de toute décision prise en application du présent article.

Article 694-32

Les catégories d'infractions pour lesquelles une décision d'enquête ne peut être refusée en application du 8° de l'article 694-31 sont les suivantes:

1° Participation à une organisation criminelle;

2° Terrorisme;

3° Traite des êtres humains;

4° Exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie;

5° Trafic de stupéfiants et de substances psychotropes;

6° Trafic d'armes, de munitions et d'explosifs;

7° Corruption;

8° Fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes;

9° Blanchiment des produits du crime;

10° Faux-monnayage et contrefaçon de monnaie, y compris de l'euro;

11° Cybercriminalité;

12° Crimes et délits contre l'environnement, y compris le trafic d'espèces animales menacées et le trafic d'espèces et d'essences végétales menacées;

13° Aide à l'entrée et au séjour irréguliers;

14° Homicide volontaire, coups et blessures graves;

15° Trafic d'organes et de tissus humains;

16° Enlèvement, séquestration et prise d'otage;

17° Racisme et xénophobie;

18° Vol organisé ou vol à main armée;

19° Trafic illicite de biens culturels, y compris d'antiquités et d'oeuvres d'art;

20° Escroquerie;

21° Extorsion;

22° Contrefaçon et piratage de produits;

23° Falsification de documents administratifs et trafic de faux;

24° Falsification de moyens de paiement;

25° Trafic illicite de substances hormonales et d'autres facteurs de croissance;

26° Trafic illicite de matières nucléaires et radioactives;

27° Trafic de véhicules volés;

28° Viol;

29° Incendie volontaire;

30° Crimes et délits relevant de la Cour pénale internationale;

31° Détournement illicite d'aéronefs ou de navires;

32° Sabotage.

Article 694-33

Les mesures pour lesquelles une décision d'enquête ne peut être refusée en application des 8° et 9° de l'article 694-31 sont les suivantes:

1° L'obtention d'informations ou d'éléments de preuve qui sont déjà en possession des autorités françaises et qui auraient pu être obtenus, en application du droit national, dans le cadre d'une procédure pénale ou aux fins de la décision d'enquête européenne;

2° L'obtention d'informations contenues dans des traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale ou les autorités judiciaires directement accessibles dans le cadre d'une procédure pénale;

3° L'audition d'un témoin, d'un expert, d'une victime, d'un suspect, d'une personne poursuivie ou d'un tiers;

4° L'identification d'abonnés titulaires d'un numéro de téléphone spécifique ou de personnes détentrices d'une adresse de protocole internet spécifique;

5° Toute autre mesure d'enquête non intrusive qui ne porte pas atteinte aux droits ou libertés individuels.

Article 694-34

Si l'exécution de la décision d'enquête européenne risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger la source d'information ou de compromettre l'utilisation d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal et se rapportant à des activités de renseignement, les dispositions des articles 694-4 et 694-4-1 du présent code sont applicables, et la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne peuvent être refusées par le ministre de la justice.

Avant de prendre sa décision, le ministre de la justice consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, lui demande de lui fournir sans tarder toute information nécessaire.

Si le ministre de la justice décide de ne pas refuser la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne et qu'il s'agit d'informations classifiées en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal, les dispositions du 3° de l'article 694-31 du présent code sont applicables.

Article 694-35

Le magistrat saisi prend la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne avec la même célérité et priorité que dans le cadre d'une procédure nationale similaire et au plus tard trente jours après la réception de la décision d'enquête européenne.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter ce délai, il en informe sans tarder l'autorité compétente de l'Etat d'émission par tout moyen disponible, en indiquant les raisons du retard et une estimation du temps nécessaire pour prendre une décision. Dans ce cas, ce délai peut être prorogé de trente jours maximum.

Paragraphe 2: Exécution de la décision d'enquête

Article 694-36

La décision d'enquête est exécutée conformément aux formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf si la loi en dispose autrement et sous réserve, à peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties et les garanties procédurales appliquant les principes fondamentaux prévus à l'article préliminaire du présent code.

Article 694-37

La décision d'enquête est exécutée dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de la décision prévue par l'article 694-35. Si des circonstances particulières justifient une prolongation de ce délai, l'autorité d'émission en est immédiatement informée, ainsi que des raisons qui la motivent et de la date prévisible d'exécution de la décision d'enquête.

Le magistrat saisi peut décider de reporter l'exécution de la décision d'enquête si elle risque de nuire à une enquête ou à des poursuites en cours ou si les objets, documents ou données concernés sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure. La décision d'enquête est mise à exécution sans délai dès lors que les raisons ayant justifié le report ont cessé. L'autorité d'émission en est immédiatement informée.

Article 694-38

Lorsque la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par le présent code ou qu'elle ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, le magistrat saisi a recours, chaque fois que cela s'avère possible, à toute autre mesure d'investigation permettant d'obtenir les éléments demandés par l'autorité d'émission.

Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article 694-31 et de l'article 694-34, il doit toujours faire droit aux demandes prévues à l'article 694-33.

Le magistrat saisi peut également ordonner une autre mesure d'enquête que celle demandée si elle permet d'obtenir le même résultat de façon moins intrusive.

Il informe sans délai l'autorité d'émission des décisions prises en application du présent article, y compris lorsqu'aucune mesure ne peut être substituée à la mesure demandée.

Article 694-39

Le magistrat saisi ne peut refuser l'assistance des autorités de l'Etat d'émission à l'exécution de la décision d'enquête sur le territoire national que si elle apparaît de nature à réduire les droits des parties et les garanties procédurales appliquant les principes fondamentaux prévus à l'article préliminaire ou de nature à nuire aux intérêts fondamentaux de la Nation.

Article 694-40

Si, en cours d'exécution de la décision d'enquête, le magistrat saisi juge opportun de diligenter des mesures d'enquête non prévues initialement ou qui n'avaient pas pu être spécifiées au moment de l'émission de la décision d'enquête européenne, il en informe sans délai l'autorité d'émission afin qu'elle puisse le cas échéant demander de nouvelles mesures.

Article 694-41

Lorsque des mesures exécutées sur le territoire national en application d'une décision d'enquête européenne auraient pu, si elles avaient été exécutées dans le cadre d'une procédure nationale, faire l'objet d'une contestation, d'une demande de nullité ou de toute autre forme de recours en application des dispositions du présent code, ces recours peuvent, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités, être formés contre ces mesures par les personnes intéressés. Ces personnes sont informées de leur possibilité d'exercer ces recours lorsque cette information est prévue par les dispositions du présent code.

Ces recours ne suspendent pas l'exécution de la mesure d'enquête, sauf si cette suspension est prévue par les dispositions du présent code.

Ne peuvent être invoqués à l'appui de ces recours les motifs de fond à l'origine de la décision d'enquête européenne, qui ne peuvent être contestés que par une action intentée dans l'Etat d'émission. Le non-respect des délais d'exécution de la demande d'enquête européenne ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis.

Article 694-42

Les procès-verbaux, objets saisis et tous autres éléments de preuve recueillis en exécution de la décision d'enquête sont remis dans les meilleurs délais à l'autorité d'émission.

Le magistrat saisi peut décider de suspendre cette remise dans l'attente d'une décision relative au recours formé contre un acte d'exécution de la décision d'enquête, sauf si cette dernière fait état de motifs suffisants pour considérer qu'une remise immédiate est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la préservation de droits individuels. Toutefois, la remise des éléments de preuve est dans tous les cas suspendue si elle est de nature à causer un préjudice grave et irréversible à la personne concernée.

Le magistrat saisi peut ordonner la remise temporaire à l'autorité d'émission des procès-verbaux, objets saisis et autres éléments de preuve recueillis en exécution de la décision d'enquête, à charge pour cette autorité de les restituer dès qu'ils ne lui sont plus nécessaires, notamment lorsqu'ils sont utiles à une procédure en cours en France.

Paragraphe 3: Dispositions particulières à certaines mesures d'enquête

Article 694-43

Lorsque la décision d'enquête européenne concerne une infraction en matière de taxes ou d'impôts, de douane et de change, sa reconnaissance ne peut être refusée au motif que la loi française n'impose pas le même type de taxe ou de droits ou prévoit des dispositions différentes en matière de taxes, d'impôts, de douane ou de change.

Article 694-44

Les dispositions de l'article 694-26 sont applicables au transfèrement d'une personne détenue dans l'Etat d'émission aux fins d'exécution d'une décision d'enquête émise par un Etat membre et nécessitant sa présence sur le territoire national.

Article 694-45

Lorsque l'Etat d'émission sollicite, au titre d'une décision d'enquête européenne, le transfèrement temporaire d'une personne détenue en France, le magistrat saisi peut, sans préjudice des dispositions de l'article 694-31, refuser l'exécution de la demande si la personne concernée s'y oppose ou si son transfèrement est susceptible de prolonger la durée de sa détention.

Si la demande concerne un mineur ou un majeur bénéficiant d'une mesure de protection en application des dispositions du titre XI du livre Ier du code civil, son représentant légal, son tuteur ou son curateur est préalablement invité à donner son avis.

S'il fait droit à la demande, le magistrat saisi fixe le délai dans lequel la personne détenue doit être renvoyée en France et précise, le cas échéant, les modalités particulières de prise en charge devant être observées afin de garantir le respect de ses droits et la sécurité du transfèrement.

La période de détention subie par la personne en dehors du territoire national est intégralement prise en compte pour le calcul de sa durée totale de détention.

Article 694-46

Lorsqu'il est saisi d'une décision d'enquête visant à empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve, le magistrat rend sa décision dans les meilleurs délais et, si possible, dans les vingt-quatre heures suivant sa réception.

Lorsque l'autorité d'émission demande, dans la décision, que les éléments saisis en application du premier alinéa soient transférés vers l'Etat d'émission, les dispositions de l'article 694-42 sont applicables.

Lorsque l'autorité d'émission demande, dans la décision, que les éléments saisis en application du premier alinéa soient conservés sur le territoire national jusqu'à une date qu'elle fixe, le magistrat saisi peut déterminer à quelles conditions ces éléments sont conservés. Si, conformément à ces conditions, il envisage de lever la mesure provisoire, il en informe l'autorité d'émission afin qu'elle puisse formuler des observations.

Article 694-47

Lorsque l'Etat d'émission sollicite, au titre d'une décision d'enquête européenne, la mise en place d'une mesure d'infiltration sur le territoire national, les modalités de la mesure portant sur la durée de l'infiltration, ses modalités précises ou le statut juridique des agents infiltrés sont fixées d'un commun accord par le magistrat saisi et l'autorité compétente de l'Etat d'émission.

A défaut d'accord, le magistrat saisi peut, sans préjudice des dispositions de l'article 694-31, refuser l'exécution de la demande.

Article 694-48

Lorsque l'Etat d'émission sollicite, au titre d'une décision d'enquête européenne, l'audition d'une personne par un moyen de communication audiovisuelle selon les modalités prévues par l'article 706-71, le magistrat saisi peut, sans préjudice des dispositions de l'article 694-31, refuser l'exécution de la demande s'il s'agit de l'audition d'une personne suspecte ou poursuivie et si celle-ci s'y oppose.

S'il s'agit de l'audition d'un témoin, les dispositions du présent code réprimant le refus de déposer ou de prêter serment, et celles des articles 434-13, 434-14 et 434-15-1 du code pénal réprimant le faux témoignage sont applicables.

Article 694-49

Lorsque l'Etat d'émission sollicite, au titre d'une décision d'enquête européenne, l'exécution d'une mesure d'investigation qui requiert l'obtention de preuve en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée, les modalités pratiques de la mesure sont fixées d'un commun accord par le magistrat saisi et l'autorité compétente de l'Etat d'émission.

Les dispositions du premier alinéa sont notamment applicables au suivi d'opérations bancaires ou d'autres opérations financières qui sont réalisées sur un ou plusieurs comptes spécifiques et aux opérations de surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission d'une infraction ou servant à la commettre.

A défaut d'accord, le magistrat saisi peut, sans préjudice des dispositions de l'article 694-31, refuser l'exécution de la demande.

Sous-section 3: Coûts d'exécution

Article 694-50

Les frais d'exécution des demandes d'entraide européenne sont à la charge de l'Etat d'exécution, sauf, lorsqu'ils peuvent être considérés comme exceptionnellement élevés, à être partagés avec l'Etat d'émission en cas d'accord entre les autorités compétentes ou, à défaut, à être supportés par l'Etat d'émission.

Sont toutefois toujours à la charge de l'Etat d'émission les frais occasionnés par une décision d'enquête européenne concernant:

- 1° Le transfèrement de la personne vers l'Etat d'émission et depuis celui-ci;
- 2° La transcription, le décodage et le déchiffrement de communications interceptées.

Section 2: Des équipes communes d'enquête

Article 695-2

Avec l'accord préalable du ministre de la justice et le consentement du ou des autres Etats membres concernés, l'autorité judiciaire compétente peut créer une équipe commune d'enquête, soit lorsqu'il y a lieu d'effectuer, dans le cadre d'une procédure française, des enquêtes complexes impliquant la mobilisation d'importants moyens et qui concernent d'autres Etats membres, soit lorsque plusieurs Etats membres effectuent des enquêtes relatives à des infractions exigeant une action coordonnée et concertée entre les Etats membres concernés.

Les agents étrangers détachés par un autre Etat membre auprès d'une équipe commune d'enquête, dans la limite des attributions attachées à leur statut, peuvent, sous la direction de l'autorité judiciaire compétente, avoir pour mission, le cas échéant, sur toute l'étendue du territoire national:

1° De constater tous crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal, au besoin dans les formes prévues par le droit de leur Etat;

2° De recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause, au besoin dans les formes prévues par le droit de leur Etat;

3° De seconder les officiers de police judiciaire français dans l'exercice de leurs fonctions;

4° De procéder à des surveillances et, s'ils sont spécialement habilités à cette fin, à des infiltrations, dans les conditions prévues aux articles 706-81 et suivants et sans qu'il soit nécessaire de faire application des dispositions des articles 694-7 et 694-8.

Les agents étrangers détachés auprès d'une équipe commune d'enquête peuvent exercer ces missions, sous réserve du consentement de l'Etat membre ayant procédé à leur détachement.

Ces agents n'interviennent que dans les opérations pour lesquelles ils ont été désignés. Aucun des pouvoirs propres de l'officier de police judiciaire français, responsable de l'équipe, ne peut leur être délégué.

Un original des procès-verbaux qu'ils ont établis et qui doit être rédigé ou traduit en langue française est versé à la procédure française.

Article 695-3

Dans le cadre de l'équipe commune d'enquête, les officiers et agents de police judiciaire français détachés auprès d'une équipe commune d'enquête peuvent procéder aux opérations prescrites par le responsable d'équipe, sur toute l'étendue du territoire de l'Etat où ils interviennent, dans la limite des pouvoirs qui leur sont reconnus par le présent code.

Leurs missions sont définies par l'autorité de l'Etat membre compétente pour diriger l'équipe commune d'enquête sur le territoire duquel l'équipe intervient.

Ils peuvent recevoir les déclarations et constater les infractions dans les formes prévues par le présent code, sous réserve de l'accord de l'Etat sur le territoire duquel ils interviennent.

Partie réglementaire - Décrets simples

Livre IV: De quelques procédures particulières

Titre X: De l'entraide judiciaire internationale

Chapitre II: Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne

Section 1: Des décisions d'enquête européenne

Sous-section 1: Dispositions communes

Article D47-1-1

Le magistrat ayant émis une décision d'enquête européenne ou chargé de l'exécution d'une telle décision consulte directement et par tout moyen approprié, y compris par le biais du système de télécommunications du Réseau judiciaire européen, l'autorité étrangère d'exécution ou d'émission pour faciliter la reconnaissance et l'exécution de la décision, notamment pour régler toute difficulté relative à la transmission ou à l'authenticité d'un document nécessaire à l'exécution de cette décision.

Sous-section 2: Dispositions relatives à l'émission d'une décision d'enquête européenne par les autorités judiciaires françaises

Paragraphe 1: Dispositions générales

Article D47-1-2

Toute décision d'enquête européenne émise par une des autorités judiciaires mentionnées à l'article 694-20 est rédigée en utilisant le formulaire figurant à l'annexe A de la Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Elle est traduite, si nécessaire, dans la langue ou dans l'une des langues que l'autorité d'exécution a déclaré accepter.

Elle peut être transmise à l'autorité d'exécution par le biais du système de télécommunications du Réseau judiciaire européen ou par tout moyen permettant de laisser une trace écrite.

Si le magistrat émettant la décision d'enquête européenne ignore l'identité de l'autorité d'exécution, il peut solliciter cette information via les points de contact du Réseau judiciaire européen.

Article D47-1-3

Lorsque le magistrat ayant émis la décision d'enquête européenne est informé par l'autorité d'exécution de l'impossibilité de réaliser l'acte demandé ou de la nécessité d'y substituer une autre mesure, il peut retirer ou compléter la décision d'enquête européenne.

Article D47-1-4

Si un recours est formé contre la décision d'enquête européenne, le magistrat ayant émis cette décision en informe l'autorité d'exécution, ainsi que de l'issue de ce recours.

Le non-respect de cette obligation d'information ne constitue toutefois pas une cause de nullité.

Paragraphe 2: Dispositions particulières à certaines mesures d'enquête

Article D47-1-5

Lorsqu'il émet une décision d'enquête européenne tendant à la saisie d'éléments de preuve, le magistrat

précise dans la décision:

1° Soit que ces éléments doivent lui être transférés;

2° Soit qu'ils doivent être conservés dans l'Etat d'exécution afin d'éviter leur destruction, transformation, déplacement ou aliénation jusqu'à une date qu'il fixe, sans préjudice de la possibilité de demander avant cette date le transfert de ces éléments.

Si les éléments de preuve transférés n'ont pas été placés sous scellé par l'autorité d'exécution, ils sont placés sous scellé conformément aux dispositions du présent code. Si l'autorité d'exécution l'a exigé lors du transfert, ces éléments lui sont restitués dès qu'ils ne sont plus nécessaires à la procédure en cours.

Article D47-1-6

Pour l'application des articles 694-25 et 694-26, lorsqu'une décision d'enquête européenne implique qu'une personne détenue sur le territoire national fasse l'objet d'un transfèrement temporaire sur le territoire de l'Etat d'exécution ou inversement, ou d'un transit sur le territoire d'un Etat tiers, le directeur de l'administration pénitentiaire du ministère de la justice, agissant sur saisine de l'autorité judiciaire nationale, formalise la demande de transfèrement ou de transit, accompagnée de tous les documents nécessaires, en lien avec les autorités compétentes de l'Etat étranger.

Article D47-1-7

Pour l'application des articles 694-25 et 694-26, les modalités pratiques du transfèrement temporaire ou du transit d'une personne, y compris s'il y a lieu le détail de ses conditions de détention dans l'Etat d'émission ou l'Etat d'exécution, et les dates limites auxquelles elle doit être transférée du territoire de l'Etat d'exécution et renvoyée sur ce territoire sont fixées d'un commun accord entre l'Etat d'émission et l'Etat d'exécution, en veillant à ce que l'état physique et mental de la personne concernée, ainsi que le niveau de sécurité requis dans l'Etat d'émission, soient pris en compte.

Article D47-1-8

Pour l'application de l'article 694-28, lorsque plus d'un Etat membre est en mesure de fournir l'assistance technique nécessaire complète pour la même interception de télécommunications, la décision d'enquête européenne est adressée par priorité à l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve ou se trouvera la cible de l'interception.

Le magistrat ayant émis une décision d'enquête européenne tendant à l'interception de télécommunications détermine, d'un commun accord avec l'autorité d'exécution, si l'interception est réalisée en transmettant les télécommunications immédiatement ou à l'issue des opérations.

Il peut également demander une transcription, un décodage ou un déchiffrement de l'enregistrement, sous réserve de l'accord de l'autorité d'exécution.

Article D47-1-9

Si la décision d'enquête européenne demande la réalisation d'une audition par l'utilisation de moyens de télécommunication, mais que l'Etat membre d'exécution ne dispose pas des moyens techniques nécessaires à cette fin, le magistrat ayant émis la décision peut, d'un commun accord avec l'autorité d'exécution, mettre des moyens techniques à la disposition de cette dernière.

Sous-section 3: Dispositions relatives à la reconnaissance et l'exécution par les autorités judiciaires françaises d'une décision d'enquête européenne émanant d'un autre Etat membre

Paragraphe 1: Dispositions générales

Article D47-1-10

Le procureur de la République ou le juge d'instruction du tribunal judiciaire territorialement compétent qui est destinataire de la décision d'enquête européenne en accuse réception sans tarder, et en tout état de cause dans un délai d'une semaine à compter de sa réception, en utilisant le formulaire figurant à l'annexe B de la directive 2014/41/ UE du 3 avril 2014 susmentionnée.

Article D47-1-11

Si la décision d'enquête européenne est adressée par erreur au procureur général ou à un procureur qui n'est pas territorialement compétent, celui-ci la transmet sans délai au procureur de la République ou au juge d'instruction du tribunal judiciaire territorialement compétent et en informe immédiatement l'autorité d'émission en utilisant le formulaire figurant à l'annexe B susmentionnée.

Article D47-1-12

Si la décision d'enquête n'a pas été émise ou validée par une autorité judiciaire, ou si elle n'a pas été rédigée ou traduite en langue française ou si l'annexe A n'est pas complète, la décision est renvoyée à l'autorité d'émission pour régularisation.

Article D47-1-13

Les instructions ordonnant l'exécution de la mesure demandée valent reconnaissance de la décision d'enquête et n'ont pas besoin d'être notifiées à l'autorité d'émission.

Article D47-1-14

Lorsque les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission dans la décision d'enquête européenne ne peuvent pas être respectées, le magistrat saisi l'en informe sans tarder par tout moyen permettant de laisser une trace écrite.

Lorsque la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne n'est pas prévue par le présent code ou ne pourrait pas être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, et lorsqu'il n'existe aucune autre mesure d'enquête qui, conformément à l'article 694-38 permettrait d'obtenir le même résultat que la mesure d'enquête demandée, le magistrat saisi informe l'autorité d'émission qu'il n'a pas été possible, pour ces raisons, d'apporter l'assistance demandée.

Article D47-1-15

Lorsque l'autorité d'émission a indiqué dans la décision d'enquête européenne qu'en raison de délais de procédure, de la gravité de l'infraction ou d'autres circonstances particulièrement urgentes, un délai plus court que ceux prévus par les articles 694-35 et 694-37 est nécessaire, ou si l'autorité d'émission a indiqué dans la décision d'enquête européenne que la mesure d'enquête doit être exécutée à une date spécifique, le magistrat saisi tient compte au mieux de cette exigence.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter ce délai, le magistrat saisi en informe l'autorité d'émission et le délai est prorogé conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 694-35 et du premier alinéa de l'article 694-37.

Article D47-1-16

Si un recours est formé contre la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne, le magistrat saisi en informe l'autorité d'émission, ainsi que de l'issue de ce recours.

Article D47-1-17

Le non-respect des obligations d'information prévues aux articles D. 47-1-10, D. 47-1-11, D. 47-1-14 et D.47-1-16 ne constitue pas une cause de nullité.

Paragraphe 2: Dispositions particulières à certaines mesures d'enquête

Article D47-1-18

Les dispositions de l'article D. 47-1-7 sont applicables dans le cas, prévu par l'article 694-44, de transfèrement sur le territoire national d'une personne détenue dans l'Etat d'émission pour les nécessités de l'exécution d'une décision d'enquête européenne.

Article D47-1-19

Lorsque, pour l'exécution d'une demande d'enquête européenne émise par un Etat membre auprès d'un autre Etat membre, une personne détenue doit transiter par le territoire national, ce transit est autorisé par le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice sur présentation d'une demande, accompagnée de tous les documents nécessaires. Pendant ce transit, les dispositions du premier alinéa de l'article 694-26 sont applicables.

Article D47-1-20

Pour l'application de l'article 694-48, lorsque l'Etat d'émission sollicite, au titre d'une décision d'enquête européenne, l'audition d'une personne par visioconférence, les modalités pratiques de l'audition, qui doit être réalisée conformément aux dispositions du droit de l'Etat d'émission, sont préalablement fixées d'un commun accord avec les autorités de cet Etat, en précisant notamment l'heure et le lieu de l'audition, les données d'identification de la personne entendue ainsi que, s'il s'agit d'une personne suspectée ou poursuivie, les conditions dans lesquelles est garanti l'exercice des droits de la défense.

Il est dressé un procès-verbal indiquant la date et le lieu de l'audition, l'identité de la personne entendue, les identités et qualités de toutes les autres personnes ayant participé à l'audition, les prestations de serment et es conditions techniques dans lesquelles l'audition s'est déroulée. Ce procès-verbal est transmis à l'autorité d'émission.



N° 787 du 11 septembre 2018

Loi du 1^{er} août 2018 portant

1° transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale;

2° modification du Code de procédure pénale;

3° modification de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau, Notre Conseil d'État entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 11 juillet 2018 et celle du Conseil d'État du 17 juillet 2018 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

Chapitre 1^{er}. - Principes généraux

Art. 1^{er}.

(1) Sans préjudice quant aux dispositions de l'article 42, les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale relatives à une mesure d'enquête entre le Luxembourg et les autres États membres de l'Union européenne se font par l'intermédiaire de la décision d'enquête européenne conformément aux dispositions de la présente loi.

(2) Il n'y a pas lieu à émission d'une décision d'enquête européenne:

1° lorsqu'est mise en place une équipe commune d'enquête en application de la loi du 21 mars 2006 sur les équipes communes d'enquête. Toutefois, lorsqu'une autorité compétente participant à une équipe commune d'enquête requiert l'assistance d'un État membre autre que ceux qui y participent, une décision d'enquête européenne peut être émise à cette fin;

2° lorsqu'est demandée une observation transfrontalière en application de l'article 40 de la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 et approuvée par la loi du 3 juillet 1992.

Art. 2.

La décision d'enquête européenne est une décision émise ou validée par l'autorité judiciaire compétente d'un État membre, appelée autorité d'émission, en vue de voir réaliser par l'autorité compétente d'un autre État membre, appelée autorité d'exécution, dans un certain délai, sur son territoire des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession.

La décision d'enquête peut également avoir pour objet d'empêcher provisoirement sur le territoire de l'État d'exécution toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve.

Art. 3.

Une décision d'enquête européenne peut être émise:

(1) aux fins des procédures pénales qui sont engagées par une autorité judiciaire, ou à engager devant celle-ci, concernant une infraction pénale conformément au droit de l'État d'émission;

(2) dans des procédures engagées par des autorités administratives relatives à des faits qui sont punissables selon le droit de l'État d'émission au titre d'infractions aux règles de droit, et lorsque la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale;

(3) dans des procédures engagées par des autorités judiciaires pour des faits qui sont punissables selon le droit de l'État d'émission au titre d'infractions aux règles de droit, et lorsque la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale; et
(4) en lien avec des procédures visées aux paragraphes (1), (2) et (3) portant sur des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale ou entraîner une peine à son encontre dans l'État d'émission.

Art. 4.

La décision d'enquête européenne contient, dans les formes prévues dans le formulaire figurant à l'annexe A, les informations suivantes:

- 1° les données concernant l'autorité judiciaire dont émane la demande et, le cas échéant, l'autorité judiciaire qui a validé la demande;
- 2° l'objet et les motifs de la décision d'enquête européenne;
- 3° les informations nécessaires disponibles sur la ou les personnes concernées;
- 4° une description des faits faisant l'objet de l'enquête ou de la procédure, et les dispositions applicables du droit pénal de l'État d'émission;
- 5° une description de la ou des mesures d'enquête demandées et des preuves à obtenir.

Chapitre 2. - Décision d'enquête européenne émise par les autorités judiciaires luxembourgeoises

Art. 5.

Le procureur d'État, le juge d'instruction ou une juridiction de jugement peuvent, dans l'exercice de leurs attributions, émettre une décision d'enquête européenne dès lors qu'elle apparaît nécessaire à la constatation, à la poursuite ou au jugement d'une infraction et proportionnée au regard des droits de la personne suspecte ou poursuivie et que les mesures demandées peuvent être réalisées en application des dispositions du Code de procédure pénale.

Art. 6.

La décision d'enquête européenne fait l'objet d'une traduction dans une langue officielle de l'État d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions de l'Union européenne acceptées par cet État.

Art. 7.

- (1) La décision d'enquête européenne est transmise par l'autorité judiciaire luxembourgeoise à l'autorité d'exécution par tout moyen permettant de laisser une trace écrite, dans des conditions permettant à l'État d'exécution d'en établir l'authenticité.
- (2) Toute autre communication officielle est effectuée directement entre l'autorité judiciaire luxembourgeoise et l'autorité d'exécution.

Art. 8.

- (1) L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut demander qu'elle ou plusieurs autres personnes assistent les autorités compétentes de l'État d'exécution dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la mesure où les personnes désignées pourraient les assister dans l'exécution des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure nationale similaire.
- (2) Les autorités et personnes luxembourgeoises présentes dans l'État d'exécution sont liées par le droit de cet État pendant l'exécution de la décision d'enquête européenne. Elles n'ont aucun pouvoir répressif sur le territoire de l'État d'exécution, sauf si l'exercice de tels pouvoirs sur le territoire de l'État d'exécution est conforme au droit de cet État et dans la mesure convenue entre l'autorité judiciaire luxembourgeoise et l'autorité d'exécution.
- (3) Lorsqu'à l'occasion de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, l'autorité judiciaire luxembourgeoise se transporte sur le territoire de l'État d'exécution, elle peut y émettre une décision d'enquête européenne en complément de la précédente décision.

Art. 9.

Le non-respect des délais d'exécution de la demande d'enquête européenne dans l'État d'exécution ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis.

Chapitre 3. - Décision d'enquête européenne adressée au Luxembourg par un autre État membre de l'Union européenne

Section 1^{ère}. - Dispositions générales

Art. 10.

L'exécution d'une décision d'enquête européenne est confiée à l'autorité judiciaire qui serait compétente si l'infraction avait été commise au Grand-Duché de Luxembourg.

Art. 11.

La décision d'enquête européenne adressée aux autorités luxembourgeoises doit être rédigée en français, allemand ou anglais ou être accompagnée d'une traduction dans l'une de ces trois langues.

Art. 12.

L'autorité judiciaire luxembourgeoise qui reçoit la décision d'enquête européenne en accuse réception sans tarder par tout moyen permettant de laisser une trace écrite, et en tout état de cause dans la semaine à compter de sa réception, en remplissant et envoyant le formulaire figurant à l'annexe B.

Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise qui reçoit la décision d'enquête européenne n'est pas compétente pour la reconnaître ou prendre les mesures nécessaires en vue de son exécution, elle la transmet d'office à l'autorité d'exécution compétente et elle en informe l'autorité d'émission.

Art. 13.

(1) L'autorité judiciaire luxembourgeoise reconnaît une décision d'enquête européenne sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et veille à ce qu'elle soit exécutée de la même manière et suivant les mêmes modalités que si la mesure d'enquête concernée avait été ordonnée par une autorité luxembourgeoise, à moins que cette autorité ne décide de se prévaloir de l'un des motifs de non-reconnaissance ou de nonexécution ou de l'un des motifs de report prévus par la présente loi.

(2) L'autorité judiciaire luxembourgeoise respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit luxembourgeois.

(3) Lorsqu'une autorité judiciaire luxembourgeoise reçoit une décision d'enquête européenne qui n'a pas été émise ou validée par une autorité d'émission telle qu'elle est définie à l'article 2, elle renvoie la décision d'enquête européenne à l'État d'émission.

(4) Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise a des raisons de penser que la décision d'enquête européenne n'est pas nécessaire et proportionnée aux finalités des procédures dans le cadre desquelles elle a été émise, compte tenu des droits de la personne poursuivie, elle peut consulter l'autorité d'émission sur l'importance d'exécuter la décision d'enquête européenne.

Art. 14.

(1) L'autorité d'émission peut demander qu'elle ou plusieurs autres personnes assistent les autorités luxembourgeoises compétentes dans l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la mesure où les personnes désignées pourraient les assister dans l'exécution des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne dans le cadre d'une procédure similaire dans l'État d'émission.

(2) L'autorité judiciaire luxembourgeoise accède à cette demande à condition que cette assistance ne soit pas contraire aux principes fondamentaux du droit luxembourgeois et ne nuise pas aux intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité.

(3) Les autorités et personnes de l'État d'émission présentes sur le territoire luxembourgeois sont liées par le droit luxembourgeois pendant l'exécution de la décision d'enquête européenne. Elles n'ont aucun pouvoir répressif sur le territoire luxembourgeois, sauf si l'exercice de tels pouvoirs est conforme au droit luxembourgeois et dans la mesure convenue entre l'autorité judiciaire luxembourgeoise et l'autorité d'émission.

(4) L'autorité d'émission qui se transporte sur le territoire luxembourgeois peut y émettre une décision d'enquête européenne en complément de la précédente décision d'enquête européenne.

(5) Les personnes représentantes de l'autorité d'émission présentes sur le territoire luxembourgeois sont assimilées aux fonctionnaires de l'État luxembourgeois en ce qui concerne les infractions dont elles sont victimes ou qu'elles commettent et sont soumises aux régimes de la responsabilité civile et pénale luxembourgeois.

(6) Lorsque la responsabilité civile d'un fonctionnaire de l'État d'émission est engagée pour des dommages causés sur le territoire luxembourgeois, l'État luxembourgeois supporte les frais d'indemnisation des victimes ou ayants droit dans les mêmes conditions que si ceux-ci avaient été causés par un fonctionnaire de l'État luxembourgeois. Ce montant sera intégralement remboursé par l'État membre d'émission.

Art. 15.

(1) Sans préjudice des motifs de refus mentionnés à l'article 23, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 peut refuser de reconnaître ou d'exécuter une décision d'enquête européenne dans l'un des cas suivants:

1° si un privilège ou une immunité fait obstacle à son exécution. Lorsque ce privilège ou cette immunité est susceptible d'être levé par une autorité luxembourgeoise, la reconnaissance et l'exécution de la décision ne sont refusées qu'après que le magistrat saisi a adressé sans délai à l'autorité compétente une demande de levée de ce privilège ou de cette immunité et que celui-ci n'a pas été levé. Si les autorités luxembourgeoises ne sont pas compétentes, la demande de levée est laissée au soin de l'État d'émission;

2° si la demande d'enquête est contraire aux dispositions nationales relatives à l'établissement et à la limitation de la responsabilité pénale concernant la liberté de la presse ou la liberté d'expression dans d'autres médias;

3° si la décision d'enquête européenne concerne une infraction pénale qui est présumée avoir été commise hors du territoire de l'État d'émission et en totalité ou en partie sur le territoire luxembourgeois, et les faits pour lesquels elle a été émise ne constituent pas une infraction pénale selon le droit luxembourgeois;

4° s'il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations du Grand-Duché de Luxembourg conformément à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne;

5° si l'exécution de la décision d'enquête européenne était contraire au principe non bis in idem;

6° si les faits pour lesquels la décision d'enquête européenne a été émise ne constituent pas une infraction pénale selon la loi luxembourgeoise, sauf s'ils concernent une catégorie d'infractions mentionnée à l'article 16 et sanctionnée dans l'État d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans, ou sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées à l'article 17;

7° si l'application de la mesure d'enquête indiquée est limitée en vertu de la loi luxembourgeoise à une liste ou une catégorie d'infractions ou à des infractions passibles de sanctions d'un certain seuil qui ne comprennent pas l'infraction sur laquelle porte la décision d'enquête européenne, sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées à l'article 17.

(2) L'exécution d'une décision d'enquête européenne ne peut être refusée au motif que la loi luxembourgeoise n'impose pas le même type de taxe ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes, d'impôts, de douane ou de change que la législation de l'État d'émission.

(3) Dans les cas visés au paragraphe 1^{er}, points 1°, 2°, 3°, 4° et 5°, avant de décider de ne pas reconnaître ou exécuter, en tout ou en partie, une décision d'enquête européenne, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, demande à l'autorité d'émission de fournir sans tarder toute information nécessaire.

(4) Si l'autorité judiciaire visée à l'article 10 est saisie d'une décision d'enquête européenne qui n'est pas de celles mentionnées à l'article 21, mais dont elle estime que l'exécution risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger la source d'information ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignement, elle la transmet au procureur général d'État qui prend une décision quant à sa reconnaissance et à son exécution conformément à l'article 23.

Art. 16. Les catégories d'infractions pour lesquelles une décision d'enquête européenne ne peut être refusée en application de l'article 15, paragraphe 1^{er}, point 6 sont les suivantes:

LUSSEMBURGO

- 1° participation à une organisation criminelle;
- 2° terrorisme;
- 3° traite des êtres humains;
- 4° exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie;
- 5° trafic de stupéfiants et de substances psychotropes;
- 6° trafic d'armes, de munitions et d'explosifs;
- 7° corruption;
- 8° fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des États membres de l'Union européenne au sens de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes;
- 9° blanchiment des produits du crime;
- 10° faux-monnayage et contrefaçon de monnaie, y compris de l'euro;
- 11° cybercriminalité;
- 12° crimes et délits contre l'environnement, y compris le trafic d'espèces animales menacées et le trafic d'espèces et d'essences végétales menacées;
- 13° aide à l'entrée et au séjour irréguliers;
- 14° homicide volontaire, coups et blessures graves;
- 15° trafic d'organes et de tissus humains;
- 16° enlèvement, séquestration et prise d'otage;
- 17° racisme et xénophobie;
- 18° vol organisé ou vol à main armée;
- 19° trafic illicite de biens culturels, y compris d'antiquités et d'oeuvres d'art;
- 20° escroquerie;
- 21° extorsion;
- 22° contrefaçon et piratage de produits;
- 23° falsification de documents administratifs et trafic de faux;
- 24° falsification de moyens de paiement;
- 25° trafic illicite de substances hormonales et d'autres facteurs de croissance;
- 26° trafic illicite de matières nucléaires et radioactives;
- 27° trafic de véhicules volés;
- 28° viol;
- 29° incendie volontaire;
- 30° crimes et délits relevant de la Cour pénale internationale;
- 31° détournement illicite d'aéronefs ou de navires;
- 32° sabotage.

Art. 17.

(1) Les mesures pour lesquelles une décision d'enquête ne peut être refusée en application de l'article 15, paragraphe 1^{er}, point 7 sont les suivantes:

- 1° l'obtention d'informations ou d'éléments de preuve qui sont déjà en possession des autorités judiciaires luxembourgeoises et qui auraient pu être obtenus, en application du droit national, dans le cadre d'une procédure pénale ou aux fins de la décision d'enquête européenne;
- 2° l'obtention d'informations contenues dans des traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre par les services de la police grand-ducale ou les autorités judiciaires directement accessibles dans le cadre d'une procédure pénale;
- 3° l'audition d'un témoin, d'un expert, d'une victime, d'un suspect, d'une personne poursuivie ou d'un tiers;
- 4° toute mesure d'enquête non-coercitive qui ne porte pas atteinte aux droits ou libertés individuels;
- 5° l'identification d'abonnés titulaires d'un numéro de téléphone spécifique ou de personnes détentrices d'une adresse de protocole internet spécifique.

(2) Sous réserve du paragraphe 1^{er}, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 a recours, chaque fois que cela s'avère possible, à une mesure d'enquête autre que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne lorsque:

- la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par la loi luxembourgeoise,
- la mesure d'enquête demandée ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

Elle peut aussi avoir recours à une mesure d'enquête autre que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne si celle-ci permet d'obtenir le même résultat par des moyens moins intrusifs.

Elle en informe préalablement l'autorité d'émission qui peut décider de retirer ou de compléter la décision d'enquête européenne.

(3) Lorsque la mesure d'enquête demandée n'est pas prévue par la loi luxembourgeoise ou qu'elle ne pourrait être exécutée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, et lorsqu'il n'existe aucune autre mesure d'enquête qui permettrait d'obtenir le même résultat que la mesure d'enquête demandée, l'autorité judiciaire visée à l'article 10 informe l'autorité d'émission qu'il n'a pas été possible d'apporter l'assistance demandée.

Art. 18.

Toute décision d'enquête européenne est traitée comme affaire urgente et prioritaire.

L'autorité judiciaire luxembourgeoise prend la décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution de la décision d'enquête européenne dès que possible et au plus tard 30 jours après la réception de la décision d'enquête européenne.

Sauf s'il existe des motifs de report au titre de l'article 19 ou si l'autorité judiciaire luxembourgeoise est déjà en possession des éléments de preuve mentionnés dans la mesure d'enquête visée par la décision d'enquête européenne, la mesure d'enquête est exécutée sans tarder et au plus tard 90 jours suivant la date à laquelle la décision visée à l'alinéa précédent a été prise.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter le délai indiqué à l'alinéa 2, l'autorité judiciaire luxembourgeoise en informe sans tarder l'autorité compétente de l'État d'émission par tout moyen disponible, en indiquant les raisons du retard et une estimation du temps nécessaire pour prendre une décision. Dans ce cas, le délai visé à l'alinéa 2 peut être prorogé de 30 jours.

S'il n'est pas possible, dans un cas spécifique, de respecter le délai indiqué à l'alinéa 3, l'autorité judiciaire luxembourgeoise en informe sans tarder l'autorité compétente de l'État d'émission par tout moyen disponible, en indiquant les raisons du retard, et elle consulte l'autorité d'émission sur la date appropriée pour l'exécution de la mesure d'enquête.

Art. 19.

(1) L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut reporter la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne lorsque:

1° son exécution risque de nuire à une enquête pénale ou à des poursuites pénales en cours, jusqu'au moment où elle le jugera raisonnable;

2° les objets, documents ou données concernés sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure, jusqu'à ce qu'ils ne soient plus nécessaires à cette fin.

(2) Dès que le motif de report cesse d'exister, l'autorité judiciaire luxembourgeoise prend immédiatement les mesures nécessaires à l'exécution de la décision d'enquête européenne et en informe l'autorité d'émission par tout moyen permettant de laisser une trace écrite.

Art. 20.

(1) L'autorité judiciaire luxembourgeoise informe l'autorité d'émission, immédiatement et par tout moyen disponible:

1° s'il est impossible de prendre une décision sur la reconnaissance ou l'exécution en raison du fait que le formulaire prévu à l'annexe A est incomplet ou manifestement incorrect; ou

2° si, au cours de l'exécution de la décision d'enquête européenne, elle juge opportun, sans autres vérifications, de diligenter des mesures d'enquête non prévues initialement ou qui n'avaient pas pu être spécifiées au moment de l'émission de la décision d'enquête européenne, pour permettre à l'autorité d'émission de prendre de nouvelles mesures dans le cas d'espèce; ou

3° si elle constate que, dans le cas d'espèce, elle ne peut respecter les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission conformément à l'article 13, paragraphe 2.

(2) À la demande de l'autorité d'émission, cette information est confirmée sans tarder par tout moyen permettant de laisser une trace écrite.

(3) L'autorité judiciaire luxembourgeoise informe l'autorité d'émission sans tarder et par tout moyen permettant de laisser une trace écrite:

1° de toute décision de refus ou de non-exécution prise en vertu des articles 15, 23, 24 et 29;

2° de toute décision reportant l'exécution ou la reconnaissance de la décision d'enquête européenne, des motifs du report et, si possible, de la durée prévue du report.

Section 2. - Décisions d'enquête européennes tendant à faire opérer des mesures coercitives

Art. 21.

Les articles de la présente section sont applicables aux décisions d'enquête européennes qui tendent à faire opérer au Grand-Duché de Luxembourg une saisie d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature, une communication d'informations ou de documents ordonnée conformément aux articles 66-2 à 66-4 du Code de procédure pénale, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue.

Art. 22.

Les décisions d'enquête européennes visées à l'article 21 sont à adresser par l'autorité d'émission au procureur général d'État.

Elles sont renvoyées après exécution soit par la voie officielle soit par la voie directe.

Si l'État d'émission adresse directement la décision d'enquête européenne aux autorités judiciaires ou au ministre ayant la Justice dans ses attributions, ceux-ci doivent transmettre ladite demande dans les meilleurs délais au procureur général d'État.

Après avoir examiné la décision d'enquête européenne sous les aspects de sa compétence, le procureur général d'État la transmet à l'autorité judiciaire visée à l'article 10.

Toutefois, si l'affaire à la base de la décision d'enquête européenne paraît grave et s'il y a urgence consistant en particulier en un risque de dépérissement de preuve, l'autorité judiciaire compétente saisie peut procéder aux mesures d'enquête sollicitées.

Art. 23.

La reconnaissance et l'exécution d'une décision d'enquête européenne visée à l'article 21 peut être refusée par le procureur général d'État si la décision d'enquête européenne risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger la source d'information ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignement. Avant de décider de ne pas reconnaître ou exécuter, en tout ou en partie, une telle décision d'enquête européenne, le procureur général d'État consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, demande à l'autorité d'émission de fournir sans tarder toute information nécessaire.

Aucun recours ne peut être introduit contre la décision du procureur général d'État.

Art. 24.

Sans préjudice des motifs de refus mentionnés aux articles 15 et 23, les décisions d'enquête européennes visées à l'article 21 ne sont reconnues et exécutées que pour autant que la mesure d'enquête sollicitée aurait été autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

Art. 25.

Les établissements de crédit ainsi que leurs dirigeants et employés ne peuvent pas révéler au client concerné ou à des personnes tierces, sans le consentement exprès préalable de l'autorité ayant ordonné la mesure, que la saisie de documents ou la communication de documents ou d'informations a été ordonnée par le juge d'instruction en exécution d'une décision d'enquête européenne. Ceux qui ont contrevenu sciemment à cette obligation sont punis d'une amende allant de 1 250 à 1 250 000 euros.

Art. 26.

(1) La chambre du conseil examine d'office la régularité formelle de la procédure. Si elle constate une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte et des actes ultérieurs qui sont la suite de l'acte nul.

(2) Si des objets ou documents ont été saisis ou si des objets, documents ou informations ont été communiqués au juge d'instruction, leur transmission à l'État d'émission est subordonnée à l'accord de la chambre du conseil.

(3) La chambre du conseil est saisie par un réquisitoire du procureur d'État en contrôle de régularité formelle de la procédure et en transmission des objets, documents ou informations.

(4) À l'exception des personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la décision d'enquête européenne n'a pas été révélée en vertu de l'article 25, la personne visée par l'enquête ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut déposer un mémoire contenant des observations sur la régularité de la procédure auprès du greffe de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement.

Une demande en restitution peut également être formée dans le mémoire contenant les observations sur la régularité de la procédure.

Tout mémoire doit être déposé, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la notification de l'acte à la personne auprès de laquelle la mesure ordonnée est exécutée.

Tout mémoire déposé par une des personnes visées à l'alinéa 1^{er} doit, sous peine d'irrecevabilité, être signé par un avocat à la Cour et contenir une élection de domicile en son étude. Cette élection de domicile produit ses effets aussi longtemps qu'il n'y aura pas eu de nouvelle élection de domicile.

(5) Les personnes en droit de déposer un mémoire, leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer aux personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la décision d'enquête européenne n'a pas été révélée en vertu de l'article 25, le mémoire, l'existence ou la teneur du mémoire, le tout sous peine de l'amende prévue à l'article 25.

Art. 27.

(1) La chambre du conseil statue, dans un délai de vingt jours de sa saisine, par une même ordonnance sur la régularité de la procédure, la transmission à l'État requérant des objets, documents ou informations ainsi que sur les observations et demandes en restitution formulées dans les mémoires présentés sur la base de l'article 26.

(2) Elle ordonne la restitution des objets, documents, fonds et biens de toute nature qui ne se rattachent pas directement aux faits à la base de la demande.

(3) Une copie de l'ordonnance est communiquée au procureur général d'État et notifiée à l'avocat en l'étude duquel domicile a été élu en vertu de l'article 26.

(4) L'ordonnance de la chambre du conseil n'est susceptible d'aucun recours.

(5) Les personnes qui ont déposé un mémoire, leurs dirigeants et employés ne peuvent pas communiquer aux personnes auxquelles la mesure ordonnée en exécution de la demande d'entraide n'a pas été révélée en vertu de l'article 25, l'ordonnance, l'existence ou la teneur de celle-ci, le tout sous peine de l'amende prévue à l'article 25.

Art. 28.

(1) Si des biens autres que des objets ou des documents ont été saisis en exécution d'une décision d'enquête européenne, le propriétaire ainsi que toute personne ayant des droits sur ces biens, peut en réclamer la restitution jusqu'à la saisine du tribunal correctionnel d'une demande tendant à l'exequatur d'une décision étrangère de confiscation ou de restitution portant sur ces biens.

(2) Il dépose à cette fin au greffe de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement compétent une requête signée par un avocat à la Cour et en l'étude duquel domicile est élu, le tout sous peine d'irrecevabilité de la requête.

Cette élection de domicile produit ses effets aussi longtemps qu'il n'y aura pas eu de nouvelle élection de domicile. Les convocations ou notifications sont effectuées au domicile élu.

(3) Au cas où une requête prévue aux paragraphes 1^{er} et 2 a été déposée, il est procédé comme suit:

1° huit jours au moins avant l'audience, le greffier convoque le requérant en son domicile élu et son conseil par lettres recommandées à la poste, accompagnées d'un avis de réception, en leur faisant connaître les jour, heure et lieu de l'audience;

2° ce délai n'est pas susceptible d'augmentation en raison de la distance;

3° la chambre du conseil statue par ordonnance motivée, après avoir entendu, le cas échéant, les conseils et les parties, le conseil des requérants ainsi que le procureur d'État en leurs conclusions;

4° l'ordonnance de la chambre du conseil n'est exécutoire qu'après l'écoulement du délai d'appel;

5° le greffier opère la notification de l'ordonnance de la chambre du conseil par pli fermé et recommandé à la poste, accompagné d'un avis de réception au domicile élu.

(4) Les ordonnances de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel:

1° par le procureur général d'État et le procureur d'État, dans tous les cas;

2° par le requérant, si l'ordonnance préjudicie à ses droits.

(5) L'appel doit être interjeté dans les délais suivants, sous peine de forclusion:

1° par le procureur général d'État, dans les dix jours à partir de l'ordonnance de la chambre du conseil;

2° par le procureur d'État, dans les trois jours à partir de l'ordonnance de la chambre du conseil;

3° par la partie requérante, dans les trois jours à partir de la notification de l'ordonnance de la chambre du conseil.

- (6) La procédure devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement est applicable devant la chambre du conseil de la cour d'appel.
(7) L'arrêt de la chambre du conseil de la cour d'appel est exécutoire sans autre formalité.
(8) Aucun pourvoi en cassation n'est admissible.

Art. 29.

Sauf en cas de consentement de la personne concernée ou en cas de danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique, l'État d'émission ne peut utiliser les objets, documents ou informations obtenus par voie de décision d'enquête européenne aux fins d'investigation ou aux fins de leur production comme moyens de preuve dans une procédure visée à l'article 3 autre que celle pour laquelle la décision d'enquête européenne a été exécutée, qu'avec l'accord du procureur général d'État si les objets, documents ou informations ont été obtenus en exécution d'une décision d'enquête européenne visée à l'article 21, sinon de l'autorité judiciaire visée à l'article 10. Cette demande ne peut être refusée que pour un des motifs mentionnés, selon le cas, aux articles 15, 23 ou 24. Avant de refuser, en tout ou en partie, une demande, l'autorité judiciaire luxembourgeoise consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié.

Chapitre 4. - Dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquête

Section 1^{ère}. - Le transfèrement

Art. 30.

- (1) Une décision d'enquête européenne peut être émise en vue du transfèrement temporaire d'une personne détenue dans l'État d'exécution aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête en vue de l'obtention de preuves requérant la présence de cette personne sur le territoire de l'État d'émission, dès lors que cela apparaît opportun à la constatation, à la poursuite ou au jugement de l'infraction, sous réserve que la personne soit renvoyée dans le délai fixé par l'État d'exécution.
(2) Outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés aux articles 15 et 23, l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut également être refusée au motif:
1° que la personne détenue ne donne pas son consentement; ou
2° que le transfèrement est susceptible de prolonger la détention de cette personne.
(3) Sans préjudice du paragraphe 2, point 1, lorsque l'État d'exécution le juge nécessaire compte tenu de l'âge de la personne ou de son état physique ou mental, le représentant légal de la personne détenue est informé, selon le stade de la procédure, par l'autorité judiciaire compétente du transfèrement et de sa possibilité d'émettre un avis.
(4) Le procureur général d'État permet le transit sur le territoire national d'une personne condamnée qui fait l'objet d'un transfèrement vers un État d'exécution lorsqu'il a reçu une copie du certificat avec la demande de transit.
(5) Les modalités pratiques du transfèrement temporaire d'une personne, y compris le détail de ses conditions de détention dans l'État d'émission, et les dates limites auxquelles elle doit être transférée du territoire de l'État d'exécution et renvoyée sur ce territoire sont fixées d'un commun accord entre l'État d'émission et l'État d'exécution, en veillant à ce que l'état physique et mental de la personne concernée, ainsi que le niveau de sécurité requis dans l'État d'émission, soient pris en compte.
(6) La personne transférée reste en détention sur le territoire de l'État d'émission et, le cas échéant, sur le territoire de l'État membre de transit, pour les faits ou les condamnations pour lesquels elle a été maintenue en détention dans l'État d'exécution, à moins que l'État d'exécution ne demande sa mise en liberté.
(7) La période de détention sur le territoire de l'État d'émission est déduite de la durée de la détention que doit ou devra subir la personne concernée sur le territoire de l'État d'exécution.
(8) Sans préjudice du paragraphe 6, une personne transférée n'est ni poursuivie, ni détenue, ni soumise à aucune autre restriction de sa liberté individuelle dans l'État d'émission pour des faits commis ou des condamnations prononcées avant son départ du territoire de l'État d'exécution et qui ne sont pas précisés dans la décision d'enquête européenne.
(9) L'immunité visée au paragraphe 8 cesse d'exister si la personne transférée, ayant eu la possibilité de partir pendant une période de quinze jours consécutifs à compter de la date à partir de laquelle sa présence n'est plus requise par les autorités d'émission, est:
1° néanmoins restée sur le territoire; ou
2° y est revenue après l'avoir quitté.

(10) Les frais résultant de l'application du présent article sont pris en charge conformément aux articles 40 et 41, à l'exclusion des frais occasionnés par le transfèrement de la personne vers l'État d'émission et depuis celui-ci, qui sont à la charge dudit État.

Art. 31.

(1) Une décision d'enquête européenne peut être émise en vue du transfèrement temporaire d'une personne détenue dans l'État d'émission aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête en vue de l'obtention de preuves requérant sa présence sur le territoire de l'État d'exécution.

(2) Le paragraphe 2, point 1, et les paragraphes 3 à 9 de l'article 30 s'appliquent également au transfèrement temporaire au titre du présent article.

(3) Les frais résultant de l'application du présent article sont pris en charge conformément aux articles 40 et 41, à l'exclusion des frais occasionnés par le transfèrement de la personne concernée vers l'État d'exécution et depuis celui-ci qui sont à la charge de l'État d'émission.

Section 2. - L'interception de télécommunications

Art. 32.

(1) Une décision d'enquête européenne transmise en vue de l'interception de télécommunications au Luxembourg contient également les informations suivantes:

1° les informations nécessaires à l'identification de la cible de l'interception;

2° la durée souhaitée de l'interception; et

3° la fourniture de données techniques suffisantes, en particulier l'identificateur de cible, afin de garantir que la décision d'enquête européenne puisse être exécutée.

(2) L'autorité d'émission indique dans la décision d'enquête européenne les raisons pour lesquelles elle estime que la mesure d'enquête indiquée est pertinente aux fins de la procédure pénale concernée.

(3) L'autorité judiciaire luxembourgeoise peut subordonner son consentement au respect des conditions qui seraient à respecter dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

(4) La décision d'enquête européenne visée au paragraphe 1^{er} peut être exécutée:

1° en transmettant les télécommunications immédiatement à l'État d'émission; ou

2° en interceptant, enregistrant et transmettant ultérieurement le résultat de l'interception des télécommunications à l'État d'émission.

L'autorité d'émission et l'autorité d'exécution se consultent en vue de se mettre d'accord sur le point de savoir si l'interception est réalisée conformément au point 1 ou 2.

Art. 33.

(1) Lorsque l'autorité compétente d'un État membre qui effectue l'interception, ci-après dénommé « État membre interceptant », a autorisé, aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête, l'interception de télécommunications et que l'adresse de communication de la cible de l'interception précisée dans l'ordre d'interception est utilisée sur le territoire d'un autre État membre, ci-après dénommé « État membre notifié », dont l'assistance technique n'est pas nécessaire pour effectuer cette interception, l'État membre interceptant notifie l'interception à l'autorité compétente de l'État membre notifié:

1° avant l'interception dans les cas où l'autorité compétente de l'État membre interceptant sait déjà, au moment d'ordonner l'interception, que la cible de l'interception se trouve ou se trouvera sur le territoire de l'État membre notifié;

2° au cours de l'interception ou après sa réalisation, dès qu'elle s'aperçoit que la cible de l'interception se trouve ou s'est trouvée sur le territoire de l'État membre notifié au moment de l'interception.

(2) La notification visée au paragraphe 1^{er} se fait au moyen du formulaire figurant à l'annexe C.

(3) L'autorité compétente des États membres notifiés peut, dans le cas où l'interception ne serait pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, notifier sans tarder et au plus tard dans les 96 heures suivant la réception de la notification visée au paragraphe 1^{er} l'autorité compétente de l'État membre interceptant;

1° que l'interception ne peut pas être effectuée ou doit être interrompue; et

2° si nécessaire, que les données interceptées alors que la cible de l'interception se trouvait sur son territoire ne peuvent pas être utilisées ou ne peuvent être utilisées que dans les conditions qu'elle spécifie. L'autorité compétente de l'État membre notifié informe l'autorité compétente de l'État membre interceptant des motifs qui justifient lesdites conditions.

Section 3. - Audition par vidéoconférence, par un autre moyen de transmission audiovisuelle ou par téléconférence

Art. 34.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent émettre une décision d'enquête européenne afin d'entendre comme témoin ou expert par vidéoconférence ou par un autre moyen de transmission audiovisuelle une personne qui se trouve sur le territoire d'un autre État autorisant le recours à une telle décision, conformément aux paragraphes 5 et 6.

Elles peuvent également émettre une décision d'enquête européenne aux fins d'entendre un suspect ou une personne poursuivie par vidéoconférence ou par un autre moyen de transmission audiovisuelle.

(2) Si, dans les circonstances d'un cas d'espèce, les autorités d'exécution ne disposent pas des moyens techniques permettant d'organiser une audition par vidéoconférence, les autorités judiciaires luxembourgeoises peuvent les mettre à leur disposition d'un commun accord.

(3) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent les décisions d'enquête européennes leur transmises et tendant aux fins visées au paragraphe 1^{er}.

Outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés aux articles 15 et 23, l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut encore être refusée au motif que:

a) le suspect ou la personne poursuivie ne donne pas son consentement; ou
b) l'exécution d'une telle mesure d'enquête dans un cas particulier serait contraire aux principes fondamentaux du droit luxembourgeois.

(4) Dans l'hypothèse visée au paragraphe 3, les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes fixent avec les autorités d'émission les modalités pratiques d'un commun accord. Cet accord comprendra l'engagement, pour les autorités judiciaires luxembourgeoises:

a) de citer le témoin ou l'expert concerné à comparaître, en indiquant l'heure et le lieu de l'audition;
b) de citer le suspect ou la personne poursuivie à comparaître en vue de l'entendre conformément aux règles détaillées prévues par le droit luxembourgeois et d'informer ces personnes de leurs droits au titre du droit de l'État d'émission, dans un délai leur permettant d'exercer effectivement leurs droits de la défense; et

c) de veiller à ce que la personne à entendre soit dûment identifiée.

(5) Lorsqu'une audition se tient par vidéoconférence ou par un autre moyen de transmission audiovisuelle, les règles suivantes s'appliquent:

a) l'audition a lieu en présence des autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes, assistées au besoin d'un interprète; ces autorités sont également responsables de l'identité de la personne entendue et du respect des principes fondamentaux du droit luxembourgeois.

Si les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes estiment que les principes fondamentaux du droit luxembourgeois ne sont pas respectés au cours de l'audition, elles prennent immédiatement les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'audition se poursuive conformément à ces principes;

b) les autorités compétentes de l'État d'émission et les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes conviennent, le cas échéant, des mesures relatives à la protection de la personne à entendre;

c) l'audition est menée directement par les autorités compétentes de l'État d'émission, ou sous leur direction, conformément à leur droit interne;

d) à la demande de l'État d'émission ou de la personne à entendre, les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes veillent à ce que la personne à entendre soit assistée d'un interprète lorsque cela est nécessaire;

e) les suspects ou les personnes poursuivies sont informés avant l'audition des droits procéduraux qui leur sont reconnus par le droit luxembourgeois et le droit de l'État d'émission, y compris le droit de ne pas témoigner. Les témoins et les experts peuvent invoquer le droit de ne pas témoigner qui leur serait reconnu par le droit luxembourgeois ou le droit de l'État d'émission et sont informés de ce droit avant l'audition.

(6) Sans préjudice de toute mesure convenue en ce qui concerne la protection des personnes, à l'issue de l'audition, les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes établissent un procès-verbal de l'audition indiquant la date et le lieu de l'audition, l'identité de la personne entendue, les identités et qualités de toutes les autres personnes ayant participé à l'audition au Luxembourg, toutes les éventuelles prestations de serment et les conditions techniques dans lesquelles l'audition s'est déroulée. Le document est transmis par lesdites autorités aux autorités d'émission.

Art. 35.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent, après avoir examiné d'autres moyens appropriés, émettre une décision d'enquête européenne afin d'entendre un témoin ou un expert par téléconférence, dans la mesure où cette personne se trouve sur le territoire d'un autre État autorisant le recours à une telle décision et s'il est inopportun ou impossible pour cette personne concernée de comparaître personnellement sur le territoire luxembourgeois.

(2) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent les décisions d'enquête européennes leur transmises par les autorités de l'État d'émission et tendant aux fins déterminées au paragraphe 1^{er}.

Elles fixent, d'un commun accord avec les autorités d'émission, les modalités pratiques. Cet accord comprendra l'engagement, pour les autorités judiciaires luxembourgeoises:

a) de citer le témoin ou l'expert concerné à comparaître, en indiquant l'heure et le lieu de l'audition;

b) de veiller à ce que la personne à entendre soit dûment identifiée.

(3) Lorsqu'une audition se tient par téléconférence, les règles suivantes s'appliquent:

a) l'audition a lieu en présence des autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes, assistées au besoin d'un interprète; ces autorités sont également responsables de l'identité de la personne entendue et du respect des principes fondamentaux du droit luxembourgeois.

Si les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes estiment que les principes fondamentaux du droit luxembourgeois ne sont pas respectés au cours de l'audition, elles prennent immédiatement les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'audition se poursuive conformément à ces principes;

b) les autorités compétentes de l'État d'émission et les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes conviennent, le cas échéant, des mesures relatives à la protection de la personne à entendre;

c) l'audition est menée directement par les autorités compétentes de l'État d'émission, ou sous leur direction, conformément à leur droit interne;

d) à la demande de l'État d'émission ou de la personne à entendre, les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes veillent à ce que la personne à entendre soit assistée d'un interprète lorsque cela est nécessaire;

e) Les témoins et les experts peuvent invoquer le droit de ne pas témoigner qui leur serait reconnu par le droit luxembourgeois ou le droit de l'État d'émission et sont informés de ce droit avant l'audition.

(4) Sans préjudice de toute mesure convenue en ce qui concerne la protection des personnes, à l'issue de l'audition, les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes établissent un procès-verbal de l'audition indiquant la date et le lieu de l'audition, l'identité de la personne entendue, les identités et qualités de toutes les autres personnes ayant participé à l'audition au Luxembourg, toutes les éventuelles prestations de serment et les conditions techniques dans lesquelles l'audition s'est déroulée. Le document est transmis par lesdites autorités aux autorités d'émission.

Section 4. - Informations relatives aux comptes bancaires et autres comptes financiers ainsi qu'aux opérations bancaires et autres opérations financières

Art. 36.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent émettre une décision d'enquête européenne afin de déterminer si une personne physique ou morale, qui fait l'objet d'une procédure pénale, détient ou contrôle un ou plusieurs comptes, de quelque nature que ce soit, dans une banque située sur le territoire d'un autre État autorisant le recours à une telle décision.

Les autorités judiciaires luxembourgeoises peuvent également émettre une décision d'enquête européenne en vue de déterminer si une personne physique ou morale, qui fait l'objet d'une procédure pénale, détient un ou plusieurs comptes dans un établissement financier non bancaire situé sur le territoire d'un autre État autorisant le recours à une telle décision.

Les décisions d'enquête européennes peuvent encore avoir pour objet d'obtenir des informations concernant des comptes bancaires ou autres comptes financiers sur lesquels la personne qui fait l'objet d'une procédure pénale a une procuration.

Les autorités judiciaires luxembourgeoises indiquent les raisons pour lesquelles elles considèrent que les informations demandées sont susceptibles d'être importantes aux fins de la procédure pénale en cause et les raisons qui les amènent à supposer que des banques ou des établissements

financiers non bancaires situés dans l'État d'exécution détiennent les comptes. Dans la mesure où elles disposent d'une telle information, elles indiquent les banques ou établissements financiers non bancaires qui pourraient être concernés.

Les autorités judiciaires luxembourgeoises communiquent dans la décision d'enquête européenne toute information susceptible d'en faciliter l'exécution.

(2) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent les décisions d'enquête européennes leur transmises par les autorités de l'État d'émission et tendant aux fins déterminées au paragraphe 1^{er}.

Dans l'hypothèse où la décision d'enquête européenne concerne un ou plusieurs comptes détenus dans un établissement financier non bancaire situé sur le territoire luxembourgeois, les autorités judiciaires luxembourgeoise peuvent, outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés aux articles 15 et 23, encore refuser l'exécution de la décision d'enquête européenne dans les cas où l'exécution de la mesure d'enquête n'est pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

Les autorités judiciaires luxembourgeoises transmettent les informations concernant les comptes bancaires et financiers demandées par les autorités d'émission dans la mesure où les banques ou les établissements financiers non bancaires possèdent ces informations.

Art. 37.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent émettre une décision d'enquête européenne en vue d'obtenir les renseignements concernant des comptes bancaires déterminés et des opérations bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs comptes spécifiés dans la décision, y compris les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur.

(2) Dans la décision d'enquête européenne, l'autorité d'émission indique les raisons pour lesquelles elle considère que les informations demandées sont pertinentes aux fins de la procédure pénale concernée.

(3) Une décision d'enquête européenne peut également être émise à propos des informations prévues au paragraphe 1^{er} en ce qui concerne des opérations financières réalisées par des établissements financiers autres que des banques. Le paragraphe 2 s'applique mutatis mutandis.

(4) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent une décision d'enquête européenne tendant aux fins ci-avant. Si la décision d'enquête européenne vise des opérations financières réalisées par des établissements financiers autres que des banques, l'exécution de la décision d'enquête européenne peut également être refusée lorsque l'exécution de la mesure d'enquête ne serait pas autorisée dans le cadre de procédures nationales similaires.

Section 5. - De quelques mesures particulières

Art. 38.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent émettre une décision d'enquête européenne aux fins de l'exécution d'une mesure d'enquête requérant l'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée sur le territoire de l'État autorisant le recours à une telle décision. Les autorités judiciaires luxembourgeoises indiquent, dans la décision d'enquête, les raisons pour lesquelles elles considèrent que les informations sont pertinentes aux fins de la procédure pénale concernée.

Les mesures d'enquête peuvent viser:

- a) le suivi d'opérations bancaires ou d'autres opérations financières qui sont réalisées sur un ou plusieurs comptes spécifiques;
- b) des livraisons contrôlées sur le territoire de l'État d'exécution.

(2) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent les décisions d'enquête européennes leur transmises par les autorités d'émission et tendant aux fins déterminées au paragraphe 1^{er}.

Outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés aux articles 15 et 23, l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut encore être refusée au motif que l'exécution de la mesure d'enquête concernée n'est pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

(3) Dans l'hypothèse visée au paragraphe 2, le droit d'agir, de diriger et de contrôler des opérations liées à l'exécution d'une décision d'enquête européenne relève de la compétence des autorités judiciaires luxembourgeoises.

Toutefois, lorsque la mesure d'enquête a pour objet de contrôler des livraisons sur le territoire luxembourgeois, les autorités judiciaires luxembourgeoises fixent, d'un commun accord avec les autorités d'émission, les modalités pratiques y relatives.

Art. 39.

(1) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes peuvent émettre une décision d'enquête européenne en vue de demander à l'État, autorisant le recours à cette décision, de leur prêter assistance dans la conduite d'une enquête pénale menée par des agents intervenant en secret ou sous une fausse identité, ci-après dénommées « enquêtes discrètes ». Les autorités judiciaires luxembourgeoises indiquent dans la décision d'enquête européenne les raisons pour lesquelles elles considèrent que l'enquête discrète est susceptible d'être pertinente aux fins de la procédure pénale concernée.

(2) Les autorités judiciaires luxembourgeoises compétentes reconnaissent et exécutent les décisions d'enquête européennes leur transmises par les autorités d'émission et tendant aux fins déterminées au paragraphe 1^{er}. Elles prennent les décisions de reconnaissance et d'exécution des décisions d'enquêtes européennes aux fins de procéder à des enquêtes discrètes sur le territoire luxembourgeois dans le respect du droit et des procédures luxembourgeois.

Outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés aux articles 15 et 23, l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée par les autorités judiciaires luxembourgeoises au motif que:

a) l'exécution de la mesure d'enquête concernée n'est pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire;

ou

b) il n'a pas été possible de parvenir à un accord sur les modalités de l'enquête discrète conformément au paragraphe 3.

(3) Dans l'hypothèse visée au paragraphe 2, les autorités judiciaires luxembourgeoises mènent l'enquête discrète qui se déroule sur le territoire luxembourgeois conformément au droit et aux procédures luxembourgeois. Le droit d'agir, de diriger et de contrôler les opérations liées à l'enquête discrète relève de la compétence des autorités judiciaires luxembourgeoises.

Elles conviennent avec les autorités de l'État d'émission, dans le respect du droit et des procédures luxembourgeois, de la durée de l'enquête, des modalités précises de l'enquête ainsi que du statut juridique des agents participant à l'enquête.

Chapitre 5. - Dispositions finales et coûts

Art. 40.

L'État luxembourgeois supporte tous les coûts engagés sur son territoire qui sont liés à l'exécution de la décision d'enquête européenne.

Art. 41.

(1) Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise visée à l'article 10 estime que les coûts d'exécution de la décision d'enquête européenne peuvent être considérés comme étant exceptionnellement élevés, elle peut consulter l'autorité d'émission sur le point de savoir si les coûts pourraient être partagés, et selon quelles modalités, ou si la décision d'enquête européenne pourrait être modifiée. Elle informe préalablement l'autorité d'émission des spécifications détaillées de la part des coûts considérée comme étant exceptionnellement élevée.

Dans des circonstances exceptionnelles, si aucun accord ne peut être dégagé en ce qui concerne les coûts visés à l'alinéa 1^{er}, l'autorité d'émission peut décider de retirer la décision d'enquête européenne en tout ou en partie ou de maintenir la décision d'enquête européenne, et de supporter la part des coûts considérée comme étant exceptionnellement élevée.

(2) Lorsque l'autorité judiciaire luxembourgeoise qui a émis une décision d'enquête européenne est consultée par l'autorité d'exécution au sujet des coûts d'exécution, considérés comme étant exceptionnellement élevés, de la décision d'enquête européenne, elle peut négocier avec l'autorité d'exécution un partage des coûts d'exécution. Si aucun accord ne peut être dégagé, elle peut décider de retirer la décision d'enquête européenne en tout ou en partie ou de maintenir la décision d'enquête européenne et de supporter la part des coûts considérée comme étant exceptionnellement élevée.

Chapitre 6. - Relation avec d'autres instruments légaux

Art. 42.

(1) La présente loi remplace dans les relations avec les États membres de l'Union européenne qui ont transposé la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et les dispositions correspondantes des conventions suivantes:

1° la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Strasbourg, le 20 avril 1959 et approuvée par la loi du 21 juillet 1976 ainsi que les deux protocoles additionnels à celle-ci, et les accords bilatéraux conclus en vertu de l'article 26 de ladite convention;

2° la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 et approuvée par la loi du 3 juillet 1992;

3° la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et le protocole du 16 octobre 2001 à celle-ci et approuvés par la loi du 27 octobre 2010;

4° le Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas du 27 juin 1962 et approuvé par la loi du 26 février 1965.

(2) Les demandes d'entraide émanant d'États n'ayant pas transposé la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi sont assimilées à des demandes effectuées sur le fondement des dispositions de la directive et examinées conformément aux dispositions de la présente loi.

[...]

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de la Justice,
Félix Braz

Cabasson, le 1er août 2018.
Henri

APPENDICE NORMATIVA: SPAGNA



LEGISLACIÓN CONSOLIDADA

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Jefatura del Estado
«BOE» núm. 282, de 21 de noviembre de 2014
Referencia: BOE-A-2014-12029

[...]

TÍTULO I

Régimen general de la transmisión, el reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea

CAPÍTULO I

Transmisión por las autoridades judiciales españolas de instrumentos de reconocimiento mutuo

Artículo 7. *Emisión y documentación de órdenes y resoluciones para su ejecución al amparo del principio de reconocimiento mutuo.*

1. Cuando la eficacia de una resolución penal española requiera la práctica de actuaciones procesales en otro Estado miembro de la Unión Europea, tratándose de algún instrumento de reconocimiento mutuo regulado en esta Ley, la autoridad judicial española competente la documentará en el formulario o certificado obligatorio, que transmitirá a la autoridad competente del otro Estado miembro para que proceda a su ejecución.

El testimonio de la resolución penal en la que se basa el certificado se remitirá obligatoriamente junto con éste, salvo que se trate de una orden europea de detención y entrega, una orden europea de protección o una orden europea de investigación, que se documentarán exclusivamente a través del formulario correspondiente.

El original de la resolución o del certificado será remitido únicamente cuando así lo solicite la autoridad de ejecución.

2. El certificado o el formulario irán firmados por la autoridad judicial competente para dictar la resolución que se documenta.

3. El certificado o el formulario se traducirán a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro al que se dirija o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado, salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión en español.

La resolución penal sólo será objeto de traducción cuando así se requiera por la autoridad judicial de ejecución. El coste de la traducción será asumido por el Estado de ejecución que la reclama, con la excepción de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad regulada en el Título III.

Artículo 8. *Transmisión de órdenes y resoluciones para su ejecución al amparo del principio de reconocimiento mutuo.*

1. La transmisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo, así como cualquier otra notificación practicada con arreglo a esta Ley, se hará directamente a la autoridad judicial competente del Estado de ejecución, a través de cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan acreditar su autenticidad.

Cualquier dificultad que surja en relación con la transmisión o la autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo se solventará mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas o, cuando proceda en relación con una orden europea de detención y entrega o una orden europea de investigación, con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros.

2. Cuando no se conozca la autoridad judicial de ejecución competente, se solicitará la información correspondiente por todos los medios necesarios, incluidos los puntos de contacto españoles de la Red Judicial Europea (RJE) y demás redes de cooperación existentes.

3. Los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en esta Ley podrán transmitirse a la autoridad judicial competente, recabándose la colaboración del Miembro Nacional de España en Eurojust cuando proceda, de conformidad con las normas reguladoras del mismo.

Artículo 9. *Información obligatoria a Eurojust en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo.*

La obligación de transmisión de información y la petición de asistencia a Eurojust derivada del uso de instrumentos de reconocimiento mutuo se regirán por lo establecido en la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior, así como su normativa de desarrollo.

Artículo 10. *Descripción del delito y de la pena.*

La autoridad judicial que emita el formulario o el certificado en el que se documenta la resolución judicial cuya ejecución se transmite a otro Estado miembro de la Unión Europea, especificará si el delito objeto de la resolución judicial se incardina en alguna de las categorías que eximen del control de doble tipificación de la conducta en el Estado de ejecución, de acuerdo con el artículo 20, y si la pena prevista para el delito es, en abstracto, al menos de tres años de privación de libertad.

Artículo 11. *Pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la resolución cuya ejecución ha sido transmitida.*

La autoridad judicial española de emisión informará inmediatamente a la autoridad encargada de la ejecución, de la adopción de cualquier resolución o medida que tenga por objeto dejar sin efecto el carácter ejecutorio de la orden o resolución cuya ejecución ha sido transmitida previamente, solicitando la devolución del formulario o del certificado.

Artículo 12. *Tránsito por otro Estado miembro del reclamado por la autoridad judicial española.*

Cuando a la autoridad judicial española de emisión de una orden europea de detención y entrega, de una resolución por la que se imponen penas o medidas privativas de libertad, o de una orden europea de investigación, le conste que resulta necesario el tránsito del reclamado por un Estado miembro distinto del Estado de ejecución, instará al Ministerio de Justicia para que solicite la autorización, remitiendo copia de la resolución judicial y del certificado emitido, traducido éste a una de las lenguas que acepte el Estado de tránsito.

El Ministerio de Justicia pedirá información al Estado de tránsito sobre si puede garantizar que el condenado no será perseguido, detenido ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en su territorio, por hechos o condenas anteriores. En su caso, el Ministerio de Justicia, a petición de la autoridad judicial de emisión, podrá retirar la solicitud.

Artículo 13. *Recursos contra las resoluciones de transmisión de instrumentos de reconocimiento mutuo.*

1. Contra las resoluciones por las que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo podrán interponerse los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español, que se tramitarán y resolverán exclusivamente por la autoridad judicial española competente conforme a la legislación española.

2. En caso de estimación de un recurso, la autoridad judicial española lo comunicará inmediatamente a la autoridad que esté conociendo de la ejecución.

3. En caso de concesión de indulto que afecte a la resolución recurrida, la autoridad judicial española lo comunicará inmediatamente a la autoridad que esté conociendo de la ejecución.

La concesión del indulto no podrá alcanzar, en ningún caso, al concepto de costas o gastos administrativos generados en el proceso ni tampoco a la compensación otorgada en beneficio de la víctima.

4. No cabrá recurso alguno contra la decisión de transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo acordada por el Ministerio Fiscal en sus diligencias de investigación, sin perjuicio de su valoración posteriormente en el correspondiente procedimiento penal, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 14. Gastos.

El Estado español financiará los gastos ocasionados por la ejecución de una orden o resolución de reconocimiento mutuo transmitida a otro Estado miembro, salvo los ocasionados en el territorio del Estado de ejecución.

Si en la ejecución de una resolución judicial de decomiso o de una orden europea de investigación emitida por la autoridad competente española, se recibiera comunicación del Estado de ejecución proponiendo un reparto de los gastos ocasionados, en el plazo de cinco días desde la recepción de esta comunicación se dirigirá oficio al Ministerio de Justicia español a los efectos de que acepte o rechace total o parcialmente la propuesta del Estado de ejecución y llegue a un acuerdo sobre el reparto de los costes.

En caso de que no se llegara a un acuerdo, la autoridad española de emisión decidirá si retira total o parcialmente la orden europea de investigación, o la mantiene, sufragando en este último caso los costes que se consideren excepcionalmente elevados.

Sin perjuicio de lo anterior, se seguirán las siguientes reglas en los supuestos que se indican a continuación:

a) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad española implica el traslado temporal de detenidos a España o al Estado de ejecución, con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, el Estado español financiará los gastos derivados del traslado y su retorno.

b) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad española implica la intervención de telecomunicaciones, el Estado español financiará los gastos derivados de la transcripción, la descodificación y el descifrado de las comunicaciones intervenidas.

Artículo 15. Indemnizaciones y reembolsos.

Salvo que esta Ley disponga otra cosa, el Estado español únicamente reembolsará al Estado de ejecución las cantidades abonadas por éste en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de la orden o resolución remitida, siempre y cuando no se debieran exclusivamente a la actividad de dicho Estado.

CAPÍTULO II

Reconocimiento y ejecución por las autoridades judiciales españolas de instrumentos de reconocimiento mutuo

Sección 1.ª Disposiciones generales

Artículo 16. Reconocimiento y ejecución inmediata.

1. Las autoridades judiciales españolas competentes reconocerán y ejecutarán sin más trámites que los establecidos en esta Ley, en el plazo estipulado en ella para cada caso, la orden o resolución cuya ejecución ha sido transmitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro.

2. La resolución que declare que la autoridad judicial que ha recibido la orden o resolución carece de competencia para ejecutarla deberá acordar también su remisión inmediata a la autoridad judicial que entienda competente, notificando dicha resolución al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial del Estado de emisión.

3. La resolución que declare la denegación del reconocimiento o de la ejecución de la orden o resolución judicial transmitida para su ejecución en España deberá acordar también su devolución inmediata y directa a la autoridad judicial de emisión cuando el auto sea firme.

Artículo 17. Traducción del certificado.

1. Cuando el formulario o el certificado no venga traducido al español, se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial del Estado emisor que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente, salvo que un convenio en vigor con dicho Estado o una declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea permitan el envío en esa otra lengua.

2. No será obligatorio que la resolución judicial en que se basa el certificado se reciba traducida al español, sin perjuicio de que la autoridad judicial solicite su traducción cuando lo considere imprescindible para su ejecución.

Artículo 18. Práctica de las comunicaciones.

1. Las autoridades judiciales españolas admitirán el envío que se efectúe mediante correo certificado o medios informáticos o telemáticos si los documentos están firmados electrónicamente y permiten verificar su autenticidad. Se admitirán también las comunicaciones efectuadas por fax y, a continuación, se requerirá el envío de la documentación original a la autoridad judicial emisora, siendo la recepción de la misma la que determinará el inicio del cómputo de los plazos previstos en esta Ley.

2. Las comunicaciones a la autoridad de emisión que deban hacerse en virtud de lo establecido en esta Ley por parte de la autoridad judicial española serán directas y se podrán cursar en español mediante correo certificado, medios electrónicos fehacientes o fax, sin perjuicio de remitir a la autoridad extranjera el oportuno testimonio si ésta lo requiriese.

Artículo 19. Subsanación del certificado.

1. En los casos de insuficiencia del formulario o del certificado, cuando éste falte o no se corresponda manifiestamente con la resolución judicial cuya ejecución es transmitida, la autoridad judicial lo comunicará a la autoridad de emisión fijando un plazo para que el certificado se presente de nuevo, se complete o se modifique.

2. Cuando se trate de una resolución de embargo de bienes o de aseguramiento de pruebas, la autoridad judicial podrá adoptar, tras oír al Ministerio Fiscal por el plazo de tres días, y en este mismo plazo, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Fijar un plazo para que el certificado se presente de nuevo o se complete o modifique.
- b) Aceptar un documento equivalente de la autoridad competente del Estado de emisión que complete la información necesaria.
- c) Dispensar a la autoridad judicial de emisión de presentarlo si considera suficiente la información suministrada.

3. En los casos en que, siendo obligatoria su transmisión, falte la resolución judicial cuya ejecución ha sido solicitada, la autoridad judicial acordará un plazo para su remisión por la autoridad judicial de emisión.

Artículo 20. Ausencia de control de la doble tipificación y sus excepciones.

1. Cuando una orden o resolución dictada en otro Estado miembro sea transmitida a España para su reconocimiento y ejecución, estos instrumentos no estarán sujetos al control de la doble tipificación por el Juez o Tribunal español, en la medida en que se refiera a alguno de los delitos enumerados a continuación y se cumplan las condiciones exigidas por la Ley para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo.

Los delitos son los siguientes:

Pertenencia a una organización delictiva.

Terrorismo.

Trata de seres humanos.

Explotación sexual de menores y pornografía infantil.

Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas.

Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.

Corrupción.

Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Blanqueo de los productos del delito.

Falsificación de moneda.

Delitos informáticos.

APPENDICE NORMATIVA

Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.

Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal.

Homicidio voluntario y agresión con lesiones graves.

Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.

Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes.

Racismo y xenofobia.

Robos organizados o a mano armada.

Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.

Estafa.

Chantaje y extorsión de fondos.

Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.

Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.

Falsificación de medios de pago.

Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

Tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas.

Tráfico de vehículos robados.

Violación.

Incendio provocado.

Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Secuestro de aeronaves y buques.

Sabotaje.

2. Para el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que impongan sanciones pecuniarias, además de las señaladas en el apartado anterior, no estarán sometidas al principio de doble tipificación aquellas resoluciones judiciales que castiguen hechos enjuiciados como alguno de los siguientes delitos o infracciones:

Conducta contraria a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación de conducción y de descanso y a las normas reguladoras de transporte de mercancías peligrosas.

Contrabando de mercancías.

Infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos.

Vandalismo.

Robo.

Infracciones establecidas por el Estado de emisión en virtud de normas comunitarias.

3. El reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes europeas de protección se efectuará siempre con control de la doble tipificación.

4. Cuando la orden o resolución judicial que se reciba castigue un hecho tipificado como un delito distinto de los previstos en este artículo, su reconocimiento y ejecución podrán supeditarse al cumplimiento del requisito de la doble tipificación, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por la Ley para cada instrumento de reconocimiento mutuo.

No obstante lo anterior, cuando la orden o resolución se haya impuesto por una infracción penal en materia tributaria, aduanera o de control de cambios, no podrá denegarse la ejecución de la resolución si el fundamento fuere que la legislación española no establece el mismo tributo o no contiene la misma regulación en materia tributaria, aduanera y de control de cambios que la legislación del Estado de emisión.

Artículo 21. *Normas aplicables a la ejecución.*

1. La ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española.

No obstante lo anterior, la autoridad judicial española competente observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad judicial del Estado de emisión siempre que esas formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español.

2. La ejecución de la orden o resolución se ajustará a los términos de la misma, no pudiendo hacerse extensiva a personas, bienes o documentos no comprendidos en ella, sin perjuicio de lo

dispuesto para la orden europea de investigación, con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros.

Artículo 22. Notificación del reconocimiento y la ejecución. Audiencia.

1. Cuando el afectado tenga su domicilio o residencia en España y salvo que el procedimiento extranjero se hubiera declarado secreto o su notificación frustrara la finalidad perseguida, se le notificarán las órdenes o resoluciones judiciales extranjeras cuya ejecución se haya solicitado.

La práctica de esta notificación supondrá el reconocimiento del derecho a intervenir en el proceso, si lo tuviere por conveniente, personándose con abogado y procurador.

2. La autoridad judicial española informará a la autoridad judicial competente del Estado de emisión y al Ministerio Fiscal, sin dilación, de la resolución de reconocimiento o denegación de la orden o resolución transmitida o de cualquier incidencia que pueda afectar a su ejecución, en especial en los casos de imposibilidad de la misma sin que se puedan ejecutar medidas alternativas no previstas en el Derecho español.

3. El ejercicio del derecho de audiencia del imputado a lo largo del procedimiento podrá llevarse a cabo a través de la aplicación de los instrumentos de Derecho internacional o de la Unión Europea que prevean la posibilidad de realizar audiencias mediante teléfono o videoconferencia.

Artículo 23. Suspensión de la ejecución de la resolución.

1. La ejecución será suspendida por alguna de las causas previstas legalmente y cuando la autoridad judicial de emisión comunique a la autoridad española de ejecución la pérdida sobrevinida del carácter ejecutorio de la orden o resolución judicial transmitida.

2. La autoridad judicial española comunicará inmediatamente a la autoridad judicial del Estado de emisión la suspensión de la ejecución de la orden o resolución judicial recibida, los motivos de la suspensión y, si es posible, la duración de la misma.

3. Tan pronto como desaparezcan los motivos de suspensión, la autoridad judicial española tomará de inmediato las medidas oportunas para ejecutar la orden o resolución judicial, e informará de ello a la autoridad judicial competente del Estado de emisión.

4. Si la causa de suspensión hiciera previsible que la misma no fuera alzada, se devolverá el formulario o certificado con todo lo actuado a la autoridad judicial de emisión.

Artículo 24. Recursos.

1. Contra las resoluciones dictadas por la autoridad judicial española resolviendo acerca de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo se podrán interponer los recursos que procedan en cada caso conforme a las reglas generales previstas en la ley procesal vigente.

2. La autoridad judicial competente comunicará a la autoridad judicial del Estado de emisión tanto la interposición de algún recurso y sus motivos como la decisión que recaiga sobre el mismo.

3. Los motivos de fondo por los que se haya adoptado la orden o resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión.

4. Contra las resoluciones del Ministerio Fiscal en ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo no cabrá recurso, sin perjuicio de las posibles impugnaciones sobre el fondo ante la autoridad de emisión y de su valoración posterior en el procedimiento penal que se siga en el Estado de emisión.

Artículo 25. Gastos.

1. Los gastos ocasionados en territorio español por la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo serán a cargo del Estado español. Los demás gastos y, en concreto, los gastos de traslado de personas condenadas y los ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado emisor, correrán a cargo de este último.

2. En ejecución de la resolución judicial de decomiso, si España hubiera incurrido en gastos excepcionales, la autoridad judicial podrá poner de manifiesto esta circunstancia, dirigiendo comunicación al Ministerio de Justicia español a fin de que éste, si así lo considera conveniente, realice propuesta al Estado de emisión sobre un posible reparto de los gastos ocasionados y llegue al acuerdo que proceda.

3. En ejecución de la orden europea de investigación, si la autoridad competente española estima que los costes de ejecución serían excepcionalmente elevados, pondrá de manifiesto esta circunstancia, dirigiendo comunicación al Ministerio de Justicia español a fin de que éste, si así lo

considera conveniente, realice propuesta al Estado de emisión sobre un posible reparto de los gastos ocasionados, o bien la modificación de la orden europea de investigación en su caso, con el objeto de que no cubra dichos gastos el Estado español sino el Estado de emisión.

Sin perjuicio de lo anterior, se seguirán las siguientes reglas en los supuestos que se indica a continuación:

a) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad competente de otro Estado miembro implica el traslado temporal de detenidos a España, o bien al Estado de emisión, con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, el Estado de emisión financiará los gastos derivados del traslado y su retorno.

b) Si la emisión de una orden europea de investigación por la autoridad competente de otro Estado miembro implica la intervención de telecomunicaciones, el Estado de emisión financiará los gastos derivados de la transcripción, la descodificación y el descifrado de las comunicaciones intervenidas.

Artículo 26. Indemnizaciones y reembolsos.

El Ministerio de Justicia reclamará al Estado de emisión el reembolso de las cantidades que, de acuerdo con la legislación española, haya tenido que abonar en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, siempre y cuando éstos no sean responsabilidad exclusivamente de España por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o por error judicial.

Artículo 27. Tránsito de personas por territorio español en ejecución de una orden europea o resolución judicial transmitida por otro Estado miembro.

1. El Ministerio de Justicia será competente para autorizar el tránsito por territorio español de una persona que esté siendo trasladada al Estado de emisión desde el Estado de ejecución de una orden europea de detención y entrega, de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad o de una orden europea de investigación, siempre que aquél le remita la solicitud de tránsito acompañada de una copia del certificado emitido para la ejecución de la resolución.

El Ministerio de Justicia podrá solicitar al Estado de emisión que le remita una copia del formulario o del certificado traducida al español.

2. El Ministerio de Justicia informará al Estado de emisión si no puede garantizar que el condenado no será perseguido, detenido ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en España, por hechos o condenas anteriores a su salida del Estado de ejecución.

3. El Ministerio de Justicia comunicará su decisión a la autoridad competente del Estado de emisión en el plazo máximo de una semana desde la recepción de la solicitud, salvo en el caso en que hubiera pedido la traducción del formulario o certificado, en cuyo caso podrá aplazar la decisión hasta que reciba la traducción.

En ningún caso podrá prolongarse la detención de la persona más allá del tiempo estrictamente necesario para la ejecución del tránsito.

4. No se requerirá solicitud de tránsito en los supuestos de tránsito aéreo sin escalas, salvo en caso de aterrizaje forzoso, en cuyo caso el Ministerio de Justicia dará su autorización en el plazo de 72 horas.

Artículo 28. Tránsito del reclamado por un tercer Estado miembro en una ejecución acordada por la autoridad española.

Cuando fuere necesario el tránsito del reclamado en virtud de una orden europea de detención y entrega o de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad por un tercer Estado miembro, la autoridad judicial de ejecución española lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión extranjera, para que sea dicha autoridad la que recabe la pertinente autorización a las autoridades del Estado de tránsito.

Sección 2.ª Denegación del reconocimiento o de la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo

Artículo 29. Denegación del reconocimiento o ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo.

Únicamente podrá denegarse, de manera motivada, el reconocimiento o la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo que haya sido transmitido correctamente por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea cuando concorra alguno de los motivos tasados previstos en esta Ley.

Artículo 30. *Petición de información complementaria.*

En los casos en que pueda concurrir una causa de denegación del reconocimiento o la ejecución que así lo justifique o un defecto subsanable en la emisión o transmisión, la autoridad judicial competente podrá solicitar información complementaria a la autoridad del Estado de emisión, fijando un plazo en el que dicha información debe ser remitida.

Artículo 31. *Petición de levantamiento de inmunidades.*

1. Cuando, en relación con el objeto del instrumento de reconocimiento mutuo, exista inmunidad de jurisdicción o de ejecución en España, la autoridad judicial española de ejecución solicitará sin demora el levantamiento de dicho privilegio si hacerlo fuera competencia de una autoridad española. Si el levantamiento compete a otro Estado o a una organización internacional, corresponderá hacer la solicitud a la autoridad judicial que haya emitido la orden o resolución cuya ejecución se pretende, a cuyo efecto la autoridad judicial española de ejecución comunicará a la de emisión dicha circunstancia.

2. En tanto se resuelve sobre la solicitud de retirada de la inmunidad a la que se refiere el apartado anterior, la autoridad judicial española de ejecución adoptará, en su caso, las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la efectiva ejecución de la orden o resolución una vez levantada la inmunidad.

3. Cuando haya sido informada la autoridad judicial española de ejecución de la retirada de la inmunidad, comenzarán a computarse los plazos previstos en esta Ley para la ejecución de que se trate.

Artículo 32. *Motivos generales para la denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas.*

1. Las autoridades judiciales españolas no reconocerán ni ejecutarán las órdenes o resoluciones transmitidas en los supuestos regulados para cada instrumento de reconocimiento mutuo y, con carácter general, en los siguientes casos:

a) Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.

b) Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

c) Cuando el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.

d) Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

2. La autoridad judicial española también podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución cuando ésta se haya impuesto por una infracción distinta de las reguladas en el apartado 1 del artículo 20 que no se encuentre tipificada en el Derecho español, o en el apartado 2 del mismo artículo cuando tampoco esté tipificada en España y se trate de una resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias.

3. La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución cuando se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español. En este supuesto se deberá deducir testimonio y remitirse al órgano judicial competente para el conocimiento del asunto.

4. Las decisiones de denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas deberán adoptarse sin dilación y de forma motivada y se notificarán inmediatamente a las autoridades judiciales de emisión y al Ministerio Fiscal.

APPENDICE NORMATIVA

5. Los motivos de no reconocimiento o no ejecución enumerados en la letra c) del apartado 1 y en el apartado 3 de este artículo no serán de aplicación en relación con las medidas de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas.

Artículo 33. *Resoluciones dictadas en ausencia del imputado.*

1. La autoridad judicial española denegará también la ejecución de la orden o resolución que le hubiere sido transmitida cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la misma conste, de acuerdo con los demás requisitos previstos en la legislación procesal del Estado de emisión, alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que, con la suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o recibió dicha información oficial por otros medios que dejen constancia de su efectivo conocimiento y que, además, fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia.

b) Que, teniendo conocimiento de la fecha y el lugar previstos para el juicio, el imputado designó abogado para su defensa en el juicio y fue efectivamente defendido por éste en el juicio celebrado.

c) Que, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que en ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer, se dictase una resolución contraria a la inicial, el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó la apertura de un nuevo juicio ni interpuso recurso dentro del plazo previsto para ello.

2. Este precepto no será de aplicación a las resoluciones que soliciten la realización de un embargo preventivo de bienes o un aseguramiento de pruebas, a la orden europea de investigación ni a las resoluciones por las que se imponen medidas alternativas a la prisión provisional.

[...]

TÍTULO X

Orden europea de investigación en materia penal

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 186. *Orden europea de investigación.*

1. La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución.

Se considerarán válidos en España los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas en éste.

2. La orden europea de investigación podrá referirse a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto administrativas como judiciales, por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento, cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional, en particular en el orden penal.

3. La orden europea de investigación podrá comprender todas las medidas de investigación, con excepción de la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo.

No obstante lo anterior, cuando un equipo conjunto de investigación necesite que las diligencias de investigación se practiquen en el territorio de un Estado miembro que no haya participado en el equipo, podrá emitirse una orden europea de investigación a las autoridades competentes de dicho Estado.

4. Queda fuera del ámbito de la orden europea de investigación el régimen de transmisión de los antecedentes penales, que se regirá por su normativa específica.

5. A efectos de la emisión y de la ejecución de órdenes europeas de investigación para obtener información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras o sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras:

a) Se considerará como entidad financiera aquélla que se ajuste a la definición establecida por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

b) Se considerará como dato de la cuenta o el depósito al menos el nombre y el domicilio del titular, los pormenores de los poderes de representación y de las facultades de disposición relativas a esa cuenta, los datos relativos a la titularidad real y cualesquiera otros detalles o documentos que haya suministrado el titular en el momento de la apertura o con posterioridad a ella.

Artículo 187. *Autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una orden europea de investigación.*

1. Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento.

Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales.

A estos efectos, las autoridades competentes señaladas podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. El Ministerio Fiscal es la autoridad competente en España para recibir las órdenes europeas de investigación emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros.

Una vez registrada y tras haber acusado recibo a la autoridad de emisión, el Ministerio Fiscal conocerá del reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación o la remitirá al juez competente, de conformidad con las siguientes reglas:

a) Cuando la orden europea de investigación no contenga medida alguna limitativa de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de investigación.

b) Cuando la orden europea de investigación contenga alguna medida limitativa de derechos fundamentales, y que no pueda ser sustituida por otra que no restrinja dichos derechos, ésta será remitida por el Ministerio Fiscal al juez o tribunal para su reconocimiento y ejecución. También será remitida por el Ministerio Fiscal al juez o tribunal para su reconocimiento y ejecución la orden europea de investigación en la que se indique expresamente por la autoridad de emisión que la medida de investigación debe ser ejecutada por un órgano judicial.

En estos supuestos se acompañará de informe preceptivo del Ministerio Fiscal en el que se pronuncie sobre la concurrencia o no de causa de denegación de la ejecución de la orden, y si se entiende ajustada a Derecho la adopción de cada una de las medidas de investigación que la orden contenga.

3. A los efectos de la letra b) del apartado anterior, serán competentes:

a) Los Jueces de Instrucción o de Menores del lugar donde deban practicarse las medidas de investigación o, subsidiariamente, donde exista alguna otra conexión territorial con el delito, con el investigado o con la víctima. Si no hubiera ningún elemento de conexión territorial para poder concretar la competencia, serán competentes los Jueces Centrales de Instrucción.

b) Los Jueces Centrales de Instrucción, si la orden europea de investigación se emitió por delito de terrorismo u otro de los delitos cuyo enjuiciamiento compete a la Audiencia Nacional, o si se trata de la notificación prevista en el artículo 222.

c) Los Jueces Centrales de lo Penal o Central de Menores, en el caso de traslado al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España, de conformidad con lo previsto en el artículo 214.

El Ministerio Fiscal podrá practicar las diligencias oportunas a fin de determinar el juez o tribunal competente a quien remitir la orden europea de investigación para su ejecución.

El cambio sobrevenido del lugar donde deba practicarse la medida de investigación no implicará una pérdida sobrevenida de competencia del juez o tribunal que hubiera acordado el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación.

Si dicha orden europea de investigación se hubiese emitido en relación con varias diligencias de investigación que tuvieran que practicarse en lugares distintos, será competente para el

reconocimiento y ejecución de la orden el juez o tribunal al que el Ministerio Fiscal remita dicha orden, de entre los competentes de acuerdo con las reglas previstas en este apartado y, en lo no previsto en ellas, conforme a las normas de preferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El juez o tribunal a quien corresponda la ejecución notificará al Ministerio Fiscal el reconocimiento y ejecución de las medidas de investigación y su remisión a la autoridad de emisión.

CAPÍTULO II

Emisión y transmisión de una orden europea de investigación

Sección 1.ª Régimen general de emisión y transmisión de órdenes europeas de investigación

Artículo 188. *Contenido de la orden europea de investigación.*

1. La orden europea de investigación se documentará en el formulario que figura en el anexo XIII, con mención expresa a la siguiente información:

- a) Los datos de la autoridad de emisión.
- b) El objeto y motivos de la orden europea de investigación.
- c) La información necesaria sobre la persona o personas afectadas.
- d) La descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables del Derecho penal español.
- e) La descripción de la medida o medidas de investigación que se solicitan y de las pruebas a obtener.
- f) Las formalidades, procedimientos y garantías cuya observancia solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución.

2. La autoridad española competente podrá expedir una orden europea de investigación complementaria a otra ya cursada cuando sea necesario para obtener nuevas pruebas para el mismo proceso penal.

La orden europea de investigación complementaria se documentará en la forma señalada en el apartado 1 e indicará su relación con la orden anterior en la sección D del mismo formulario del anexo XIII.

Cuando la autoridad española competente colabore en la ejecución de la orden europea de investigación en el Estado de ejecución, podrá transmitir una orden complementaria directamente a la autoridad de ejecución mientras se encuentre en dicho Estado.

Artículo 189. *Requisitos para la emisión de una orden europea de investigación.*

1. La autoridad de emisión podrá emitir, de oficio o a instancia de parte, una orden europea de investigación cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la emisión de una orden europea de investigación sea necesaria y proporcionada a los fines del procedimiento para el que se solicita, teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado.
- b) Que la medida o medidas de investigación solicitadas cuyo reconocimiento y ejecución se pretende se hayan acordado en el proceso penal español en el que se emite la orden europea de investigación y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un caso interno similar.

2. La autoridad española competente podrá indicar en la orden que se requiere un plazo más corto que el previsto con carácter general para la ejecución de la medida, o que la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta. Esta petición se fundamentará de manera expresa en los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes.

Artículo 190. *Solicitud de información a la autoridad de ejecución.*

1. La autoridad española competente podrá solicitar a la autoridad de ejecución que le informe sin dilación, cuando proceda, de los siguientes supuestos:

- a) Si considera que en la ejecución de la orden europea de investigación puede ser oportuno llevar a cabo otras medidas de investigación no previstas en la orden, a fin de que la autoridad de emisión pueda adoptar nuevas medidas en el caso de que se trate.
- b) Si no puede cumplir con las formalidades, procedimientos y garantías expresamente indicados.

2. La autoridad española competente podrá consultar a la autoridad competente del Estado de ejecución a fin de facilitar la ejecución de la orden europea de investigación.

Artículo 191. *Solicitud de participación de la autoridad española competente.*

La autoridad española competente, justificando las razones por las que lo considera conveniente, podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional. La autoridad o funcionario español que participe en la ejecución de la orden europea de investigación podrá recibir directamente las pruebas obtenidas por la autoridad del Estado de ejecución, siempre que así se hubiera solicitado en dicha orden y ello sea posible con arreglo al Derecho del Estado de ejecución.

Artículo 192. *Comunicación con la autoridad de ejecución.*

La autoridad española competente comunicará a la autoridad de ejecución en el plazo de diez días si decide retirar, modificar o completar la orden europea de investigación en los siguientes supuestos:

a) Cuando la autoridad de ejecución comunique que el resultado perseguido por la orden europea de investigación puede conseguirse mediante una medida de investigación menos restrictiva que la solicitada por la autoridad de emisión.

b) Cuando la autoridad de ejecución comunique que la medida de investigación solicitada no existe en su Derecho o no está prevista para un caso interno similar, pero existe otra medida distinta que puede ser idónea para los fines de la orden solicitada.

Artículo 193. *Utilización en España de los datos personales obtenidos en la ejecución de la orden europea de investigación en otro Estado miembro.*

1. Los datos personales obtenidos de la ejecución de una orden europea de investigación sólo podrán ser empleados en los procesos en los que se hubiera acordado esa resolución, en aquellos otros relacionados de manera directa con aquél o excepcionalmente para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública.

Para utilizar con otros fines los datos personales obtenidos, la autoridad española competente deberá recabar el consentimiento de la autoridad del Estado de ejecución o del titular de los datos.

2. Cuando en un caso concreto así lo requiera la autoridad competente del Estado de ejecución, la autoridad española competente le informará del uso que haga de los datos personales que se hubieran remitido a través de una orden europea de investigación, con excepción de aquéllos obtenidos durante su ejecución en España.

Artículo 194. *Confidencialidad en la emisión de una orden europea de investigación.*

La autoridad competente española, con arreglo al ordenamiento jurídico español y, a menos que la autoridad de ejecución haya indicado otra cosa, no desvelará prueba o información alguna facilitada por la autoridad de ejecución para ser utilizada en el procedimiento español, excepto en la medida en que su revelación sea necesaria para las investigaciones o procedimientos descritos en la orden europea de investigación.

Sección 2.^a Emisión de órdenes europeas de investigación con medidas específicas de investigación

Artículo 195. *Emisión de una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de ejecución.*

1. La autoridad española competente emitirá una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de una persona privada de libertad en el Estado de ejecución cuando la investigación requiera su presencia en España; y siempre que no tenga por finalidad su enjuiciamiento, en cuyo caso deberá optar por la emisión de una orden europea de detención y entrega.

2. La autoridad española competente acordará con las autoridades competentes del otro Estado las disposiciones prácticas relativas al traslado temporal del privado de libertad, así como los detalles de sus condiciones de privación de libertad, con inclusión de las fechas de salida y de regreso, con arreglo a las previsiones de los artículos 12 y 27, garantizándose que se tiene en

cuenta la condición física y mental de la persona de que se trate, así como el nivel de seguridad requerido en España.

3. La persona trasladada permanecerá privada de libertad en España en relación con los hechos o condenas por los que lo haya estado en el Estado de ejecución, a menos que éste pida su puesta en libertad.

4. La persona trasladada no será perseguida o detenida o sometida a cualquier otra restricción de su libertad personal en España por actos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado de ejecución y que no estuvieran especificados en la orden europea de investigación. No obstante, esta inmunidad quedará sin efecto cuando la persona trasladada, habiendo tenido la oportunidad de regresar, haya permanecido en territorio español durante los quince días siguientes desde la fecha en que su presencia ya no fuera exigida por la autoridad española competente o haya regresado en caso de haberlo abandonado.

Artículo 196. *Emisión de una orden europea de investigación para el traslado temporal al Estado de ejecución de personas privadas de libertad en España.*

La autoridad española competente podrá emitir una orden europea de investigación para el traslado temporal de un detenido en España con el fin de llevar a cabo una medida de investigación que requiera su presencia en el territorio del Estado de ejecución, siempre que la persona privada de libertad dé su consentimiento. A tal fin serán de aplicación las previsiones del artículo 214.

Artículo 197. *Emisión de una orden europea de investigación para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.*

1. Cuando la autoridad competente española que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

A tal fin se determinarán de acuerdo con la autoridad de ejecución competente las disposiciones prácticas con arreglo a las cuales se llevará a cabo la comparecencia.

Si en un caso concreto la autoridad de ejecución no dispusiera de los medios técnicos necesarios para celebrar la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la autoridad competente española que la hubiera solicitado podrá ponerlos a su disposición previo acuerdo.

Artículo 198. *Emisión de una orden europea de investigación para obtener información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras.*

1. Cuando la autoridad española competente necesite determinar si la persona física o jurídica objeto de proceso penal en curso es titular o posee el control de una o más cuentas o depósitos en un banco u otra entidad financiera que se localice en el territorio de otro Estado miembro y, en caso afirmativo, obtener los datos de las cuentas y depósitos identificadas que obren todavía en su poder, podrá emitir una orden europea de investigación. La información requerida incluirá, siempre que se solicite en la orden europea de investigación, las cuentas respecto de las cuales la persona que sea objeto de los procesos penales de que se trate tenga poderes de representación.

2. En la orden europea de investigación se indicarán las razones por las que considera que la información solicitada es necesaria para el proceso penal del que se trate y las razones por las que supone que la cuenta se encuentra en algún banco u otra entidad financiera del Estado de ejecución y, siempre que cuente con dicha información, de qué banco o entidad financiera se trata. También incluirá en la orden europea de investigación cualquier información de la que disponga que pueda facilitar su ejecución.

Artículo 199. *Emisión de una orden europea de investigación para obtener información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras.*

La autoridad española competente podrá emitir una orden europea de investigación para obtener los datos que obren todavía en poder del banco u otra entidad financiera correspondientes a:

a) Cuentas bancarias específicas.

b) Operaciones bancarias que se hayan efectuado o vayan a efectuarse dentro de un plazo concreto por medio de una o más cuentas indicadas en la orden, con inclusión de los datos de toda cuenta remitente o receptora.

c) Operaciones financieras efectuadas por entidades financieras no bancarias.

En la orden se indicarán las razones por las que estima que la información solicitada es pertinente para el proceso penal de que se trate.

Artículo 200. *Emisión de una orden europea de investigación para obtener pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo.*

Cuando la autoridad competente que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario emitir una orden europea de investigación a efectos de la ejecución de una medida de investigación que requiera la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, indicará las razones por las que estima que la información solicitada es pertinente para el proceso penal en curso.

Artículo 201. *Emisión de una orden europea de investigación para realizar investigaciones encubiertas.*

Cuando la autoridad competente considere necesario que las autoridades competentes de otro Estado miembro colaboren en la investigación encubierta de una o varias actividades delictivas, a través de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa, emitirá una orden europea de investigación solicitando dicha colaboración e indicará las razones por las que considera pertinente realizar una investigación encubierta.

Artículo 202. *Emisión de una orden europea de investigación para intervención de telecomunicaciones.*

1. La autoridad española competente emitirá una orden europea de investigación cuando, una vez acordado por auto dictado conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, proceda la intervención de las comunicaciones en otro Estado miembro y se requiera su asistencia técnica. La medida solicitada podrá abarcar igualmente la obtención de datos de tráfico y localización correspondiente a tales comunicaciones.

2. Cuando la asistencia técnica requerida pueda ser prestada por más de un Estado miembro, se enviará la orden europea de investigación solo a uno de ellos. A tal efecto, se dará siempre prioridad al Estado miembro en el que se encuentre o vaya a encontrarse el investigado o encausado.

3. La autoridad española competente podrá acordar con la autoridad de ejecución que la intervención se ejecute conforme a una de las dos siguientes modalidades:

a) Transmitiendo directamente la telecomunicación al Estado de emisión,

b) Interviniendo y registrando en el Estado de ejecución la telecomunicación para proceder una vez registrada al traslado del resultado al Estado de emisión.

La autoridad española competente podrá someter a consulta y ser consultada por la autoridad de ejecución respecto de la elección de la forma en que se va a ejecutar la orden europea de investigación.

4. La orden europea de investigación emitida para la intervención de telecomunicaciones deberá especificar:

a) Las razones por las que la intervención es necesaria para los fines del proceso penal.

b) La información necesaria para la identificación de la persona afectada por la intervención.

c) La duración de la intervención.

d) Los datos técnicos necesarios, en particular el identificador de la persona, para garantizar que pueda ejecutarse la solicitud.

5. En la orden europea de investigación se podrá pedir una transcripción, descodificación o descriptado del registro. Esta petición podrá hacerse, asimismo, durante la práctica de la intervención. En ambos casos, la transcripción, descodificación o descriptado deberán ser acordados con la autoridad de ejecución.

Artículo 203. *Emisión de una orden europea de investigación para adoptar medidas de aseguramiento de prueba o de diligencias de investigación en relación con los medios de prueba.*

La autoridad española competente podrá emitir una orden europea de investigación con la finalidad de impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como medio de prueba.

En la orden europea de investigación se indicará si el medio de prueba habrá de transferirse a España o conservarse en el Estado de ejecución.

Cuando en la orden europea de investigación se solicite que el medio de prueba se conserve en el Estado de ejecución, se indicará la fecha en que habrá de levantarse la medida cautelar instada o la fecha estimada en la que se formulará la solicitud para que la prueba sea trasladada a España.

Se notificará inmediatamente a la autoridad de ejecución el levantamiento de las medidas provisionales que se hubieran instado.

Artículo 204. *Notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona que sea objeto de los procedimientos penales y cuya asistencia técnica no sea necesaria.*

1. La autoridad española competente que haya acordado la intervención de telecomunicaciones de una persona que se encuentra en el territorio de otro Estado miembro sin su asistencia técnica, notificará a la autoridad competente de ese Estado dicha intervención. Esta notificación se llevará a cabo:

a) antes de la intervención, cuando se tenga conocimiento de que esa persona se encuentra o se encontrará en el territorio del otro Estado miembro;

b) durante la intervención o después de ésta, inmediatamente después de tener conocimiento de que esa persona se encuentra, o se ha encontrado durante la intervención, en el territorio del otro Estado miembro.

Esta notificación se efectuará por medio del formulario contenido en el anexo XV.

2. La autoridad española competente que haya acordado esta intervención no la llevará a cabo o pondrá fin a la misma si la autoridad competente del Estado notificado así lo indicara. Asimismo, la autoridad española competente sólo podrá utilizar el material intervenido en las condiciones que el Estado notificado especifique.

En el caso de que la autoridad competente del Estado notificado informara de que el material obtenido no puede ser utilizado, la autoridad española competente ordenará su destrucción.

CAPÍTULO III

Reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación

Sección 1.^a Régimen general de reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de investigación

Artículo 205. *Requisitos para el reconocimiento y ejecución en España de una orden de investigación europea.*

1. La autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación dictará auto o decreto de reconocimiento y ejecución de la misma, salvo que concorra alguno de los motivos de denegación o suspensión a que se refieren los artículos 207 y 209.

2. La autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación que no hubiera sido emitida por la autoridad de emisión competente, o validada en su caso por el juez, tribunal o fiscal competente del Estado de emisión, procederá a su devolución.

Artículo 206. *Ejecución de las medidas de investigación solicitadas en la orden europea de investigación.*

1. La autoridad competente española llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación solicitada si dicha medida de investigación existiera en Derecho español y estuviera prevista para un caso interno similar.

En particular, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, la autoridad competente ordenará la ejecución en todo caso si la medida de investigación solicitada fuera alguna de las siguientes:

a) La obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad competente española siempre que, de conformidad con el Derecho nacional, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la orden europea de investigación;

b) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles en el marco de un procedimiento penal;

c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o encausado o un tercero en territorio español;

d) cualquier medida de investigación no restrictiva de los derechos fundamentales y garantías procesales prevista en el Derecho español;

e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

2. Cuando el resultado perseguido por la orden europea de investigación pudiera conseguirse mediante una medida de investigación menos restrictiva de los derechos fundamentales que la solicitada en la orden europea de investigación, la autoridad competente española ordenará la ejecución de esta última.

3. Cuando la medida de investigación solicitada no existiera en Derecho español o no estuviera prevista para un caso interno similar, la autoridad competente española ordenará la ejecución de una medida de investigación distinta a la solicitada, si dicha medida fuera idónea para los fines de la orden solicitada.

4. En los supuestos previstos en los apartados 2 y 3, antes de adoptar la resolución, la autoridad competente informará a la autoridad de emisión. Si la autoridad de emisión no comunicara su decisión de retirar o completar la orden europea de investigación en el plazo de diez días, la autoridad de ejecución ordenará la ejecución de la medida de investigación alternativa.

5. Cuando la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación no exista en el Derecho nacional o, existiendo, no hubiera podido ser adoptada en un caso interno similar y, además, no exista ninguna otra medida de investigación que pudiera obtener el mismo resultado que la medida de investigación solicitada, la autoridad española competente notificará a la autoridad del Estado de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida.

Artículo 207. Denegación del reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación.

1. La autoridad competente española denegará el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación, además de en los supuestos del apartado 1 del artículo 32, en los siguientes casos:

a) Cuando exista un privilegio procesal que haga imposible ejecutar la orden europea de investigación o normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten a la autoridad competente española su ejecución.

b) Cuando la ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de información o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia.

c) Cuando la resolución se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y total o parcialmente en territorio español, y la conducta en relación con la cual se emite la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito en España.

d) Cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación es incompatible con las obligaciones del Estado español de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

e) Cuando la conducta que dio origen a la emisión de la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho español y no esté recogida en las categorías de delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 20, siempre que la pena o medida de seguridad privativas de libertad previstas en el Estado de emisión para el delito a que se refiere la orden europea de investigación fuera de un máximo de al menos tres años.

Para comprobar si dicha conducta está o no incluida dentro de los delitos enumerados en el apartado 1 del artículo 20 y que alcanza el umbral de pena antes mencionado, se estará a lo indicado por la autoridad del Estado de emisión en el formulario de emisión remitido.

f) Cuando el uso de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación esté limitado, con arreglo al Derecho español, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden europea de investigación.

g) Cuando la orden europea de investigación se refiera a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal, y la medida no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar.

2. Las letras e) y f) del apartado anterior no serán de aplicación, en ningún caso, a las medidas de investigación a que se refiere el apartado 1 del artículo 206.

3. En caso de que concurra alguno de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución previstos en las letras a) o d) del apartado 1 del artículo 32 o en las letras a), b), c) o d) del apartado 1 de este artículo, antes de denegar parcial o totalmente el reconocimiento y la ejecución de la orden europea de investigación, la autoridad española competente solicitará a la autoridad de emisión la información complementaria necesaria y, en su caso, la subsanación del defecto en que se hubiera incurrido.

Artículo 208. *Procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de la orden europea de investigación.*

1. La autoridad competente española que reciba la orden europea de investigación, si no aprecia la concurrencia de causa alguna de denegación o suspensión, dictará sin dilación auto o decreto, respectivamente, reconociendo la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente y ordenando su ejecución. El auto o decreto contendrá las instrucciones necesarias para la práctica de las medidas de investigación solicitadas.

La decisión de reconocer y ejecutar la orden europea de investigación o, en su caso, denegar su ejecución deberá ser tomada cuanto antes y, a más tardar, en el plazo de treinta días desde su recepción por la autoridad competente.

2. Cuando en un caso concreto, la autoridad competente española aprecie que no podrá cumplirse el plazo previsto para dictar el auto o decreto, respectivamente, de reconocimiento y ejecución de la orden, informará sin demora a la autoridad de emisión explicando las razones y comunicando el plazo estimado necesario para adoptar la resolución. En este caso, el plazo establecido para dictar la resolución de reconocimiento y ejecución podrá prorrogarse hasta un máximo de treinta días.

3. Cuando el Estado de emisión participe en la ejecución de la orden europea de investigación y si la autoridad de emisión emite una orden complementaria a la anterior, la autoridad competente española podrá recibir directamente la orden complementaria que la autoridad de emisión dicte mientras está en España.

4. La autoridad competente española llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación sin demora y, a más tardar, en el plazo de noventa días después de que se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución, a menos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 209, exista algún motivo para la suspensión del procedimiento de reconocimiento y ejecución o que la prueba mencionada en la medida de investigación incluida en la orden europea de investigación ya se encuentre en posesión del Estado español.

5. Cuando la autoridad de emisión haya indicado en la orden que, debido a los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes, se requiere un plazo más corto para la ejecución de la medida, o si la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta, la autoridad competente española estará a lo dispuesto en la orden en relación con dichos plazos. En caso de que no fuera posible, lo comunicará a la autoridad de emisión sin demora.

6. Asimismo, cuando en un caso concreto no pueda llevarse a cabo la ejecución de la medida de investigación dentro del plazo previsto a tal efecto, la autoridad competente española informará sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión explicando las razones de la demora y consultará a la autoridad de emisión sobre el plazo o la fecha adecuados para llevar a cabo la ejecución de la medida de investigación.

Artículo 209. *Suspensión del reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación.*

1. La autoridad competente española suspenderá el reconocimiento y la ejecución de una orden europea de investigación cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario.

b) Que los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

2. Una vez dejen de existir las causas que provocaron la suspensión, la autoridad competente española adoptará las medidas necesarias para la ejecución de la orden europea de investigación, informando sin dilación a la autoridad competente del Estado de emisión.

Artículo 210. *Participación de las autoridades del Estado de emisión en la práctica de diligencias en territorio español.*

1. En el caso de que la autoridad de emisión solicite que una o varias autoridades de su Estado participen en la ejecución de la orden europea de investigación, la autoridad competente española accederá a ello siempre que dichas autoridades estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la orden en un caso interno similar de su Estado y que esa participación no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales ni perjudique los intereses esenciales de la seguridad nacional.

Dichas autoridades tendrán la consideración de funcionario público español a efectos penales mientras se encuentren en España participando en la ejecución de la orden europea de investigación. En el caso del agente encubierto se acordarán con el Estado de emisión, ateniéndose a los respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales, la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate.

2. Las autoridades del Estado de emisión que participaran en la ejecución de la orden europea de investigación se someterán al Derecho español y solo podrán ejercer competencia coercitiva en territorio español si el ejercicio de dicha competencia es conforme con el Derecho español y únicamente en la medida que ambas autoridades lo hubiesen acordado.

3. La autoridad competente española podrá consultar en cualquier momento a la autoridad competente del Estado de emisión a fin de facilitar la ejecución de la orden europea de investigación.

Artículo 211. *Traslado de las pruebas obtenidas.*

1. Las pruebas obtenidas se trasladarán de manera inmediata a la autoridad del Estado de emisión y se indicará si deben ser devueltas a las autoridades competentes españolas tan pronto dejen de ser necesarias en el Estado de emisión.

En el caso de que el Estado de emisión participara en la ejecución de la orden, siempre que así se haya solicitado en la misma y si es posible con arreglo al Derecho español, las pruebas obtenidas se trasladarán inmediatamente a las autoridades competentes del Estado de emisión.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrá acordarse la suspensión del traslado de las pruebas obtenidas en los casos en que se haya interpuesto un recurso contra el reconocimiento y ejecución de la orden, salvo si en la orden se indican razones suficientes que justifiquen que es indispensable el traslado inmediato para el adecuado desarrollo de la investigación o para preservar derechos individuales. Sin embargo, se suspenderá el traslado de pruebas si éste pudiera causar un daño grave o irreversible a la persona interesada.

3. Cuando las pruebas obtenidas sean relevantes para otros procesos penales, la autoridad competente española, previa petición expresa y tras mantener consultas con la autoridad de emisión, podrá trasladar temporalmente las pruebas con la condición de que se devuelvan a las autoridades competentes españolas tan pronto como el Estado de emisión deje de necesitarlas o bien en cualquier otro momento u ocasión que se acordara entre las autoridades competentes.

Artículo 212. *Información específica sobre el curso de la ejecución de la orden europea de investigación.*

1. El Ministerio Fiscal, tras recibir la orden europea de investigación, acusará recibo en el plazo máximo de una semana desde la recepción, mediante la cumplimentación del anexo XIV.

2. No obstante lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 206, la autoridad competente española encargada de la ejecución informará sin dilación a la autoridad de emisión en los casos siguientes:

a) Si es imposible adoptar una resolución de reconocimiento y ejecución debido a que el formulario del anexo XIII está incompleto o es manifiestamente incorrecto, o no estuviese traducido al castellano o a alguna de las lenguas admitidas por España.

b) Si considera que en la ejecución de la orden europea de investigación puede ser oportuno llevar a cabo otras medidas de investigación no previstas en la orden, a fin de que la autoridad de emisión pueda adoptar nuevas medidas en el caso de que se trate.

c) Si no puede cumplir con las formalidades, procedimientos y garantías expresamente indicados.

d) De cualquier resolución adoptada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 206, 207 y 209.

Artículo 213. *Confidencialidad en la ejecución de una orden europea de investigación.*

Cuando ejecute una orden europea de investigación, la autoridad competente española tiene la obligación de guardar confidencialidad de los hechos y el fondo de la misma, excepto en el grado en que sea necesario para ejecutar la medida de investigación, y cualquier publicidad será siempre objeto de previa consulta con la autoridad del Estado de emisión.

Sección 2.ª Reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de investigación con medidas específicas de investigación

Artículo 214. *Ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal al Estado de emisión de personas privadas de libertad en España.*

1. La autoridad española competente denegará el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal de personas privadas de libertad en España, además de en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 208, en caso de que:

a) La persona privada de libertad no dé su consentimiento. Cuando debido a su edad o estado físico o psíquico, no pueda dar su opinión, la misma se recabará a través de su representante legal.

b) El traslado pueda causar la prolongación de la privación de libertad de la persona.

2. La autoridad española competente acordará con las autoridades competentes del otro Estado las disposiciones prácticas relativas al traslado temporal del privado de libertad, así como los detalles de sus condiciones de privación de libertad, con inclusión de las fechas de salida y de regreso, con arreglo a las previsiones de los artículos 12 y 27, garantizándose que se tienen en cuenta la condición física y mental de la persona de que se trate, así como el nivel de seguridad requerido en el Estado de emisión.

3. La autoridad española competente deducirá, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, del período máximo de prisión al que esté sometido o se vaya a someter al reclamado por una orden europea de investigación cualquier período de privación de libertad en el territorio del Estado de emisión.

Artículo 215. *Ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión.*

La autoridad española competente denegará el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión, además de en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, en caso de que la persona privada de libertad no dé su

consentimiento. Cuando, debido a su edad o estado físico o psíquico, no pueda dar su opinión, la misma se recabará a través de su representante legal.

En todo lo demás, la ejecución de la orden europea de investigación para el traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de emisión se sujetará a lo dispuesto en el artículo 214.

Artículo 216. *Ejecución de una orden europea de investigación para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.*

1. La autoridad española competente denegará el reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, además de en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, en caso de que la ejecución de dicha medida de investigación en un caso concreto sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Derecho español.

También podrá denegar el reconocimiento y ejecución si el investigado o el acusado no da su consentimiento para la práctica de la medida.

2. Cuando la autoridad competente española reciba una orden europea de investigación en la que se solicite una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la llevará a cabo en la forma que hubiera acordado con la autoridad de emisión. En todo caso, la autoridad competente española se encargará de:

a) Notificar la medida al testigo o perito correspondiente, indicando el momento y el lugar de la comparecencia.

b) Citar a las personas investigadas o encausadas para que asistan a la comparecencia conforme a las normas específicas que establezca el Derecho español, e informarles de sus

derechos con arreglo al Derecho del Estado de emisión, con tiempo suficiente para que puedan acogerse efectivamente a las garantías procesales.

c) Asegurarse de la identidad de la persona que deba prestar declaración.

3. La autoridad española competente se pondrá de acuerdo con la autoridad de emisión sobre la práctica de la ejecución de la medida que, en todo caso, se regirá por las siguientes normas:

a) Durante la declaración estará presente la autoridad española competente, asistida por un intérprete cuando sea necesario, para identificar a la persona que deba prestar declaración y velar por el respeto del ordenamiento jurídico español.

b) La autoridad española competente acordará, en su caso, con la autoridad de emisión, la adopción de medidas de protección de la persona que deba declarar.

c) La declaración tendrá lugar ante la autoridad competente del Estado de emisión o bajo su dirección.

d) Si así lo solicita la autoridad de emisión o la persona compareciente, la autoridad española facilitará un intérprete para que le asista.

e) Con carácter previo a la declaración, se informará a los testigos o peritos de los derechos procesales que les asisten al amparo tanto del Derecho del Estado de emisión como del español, incluido el derecho a no declarar cuando así se disponga.

4. Finalizada la declaración, la autoridad española en cuyo territorio se haya ejecutado la medida levantará acta de la misma, en la que constarán la fecha y el lugar, la identidad de la persona oída, la identidad del resto de personas que hayan participado, el juramento formulado y las condiciones técnicas en las que se haya llevado a cabo la declaración. El acta se transmitirá a la autoridad competente del Estado de emisión.

5. En el caso de que la persona que deba ser oída en España en ejecución de una orden europea de investigación no preste testimonio estando sometida a la obligación de testificar o no preste testimonio veraz, se le aplicará el ordenamiento jurídico español del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado dentro de un proceso nacional.

Artículo 217. *Ejecución de una orden europea de investigación para obtener información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras.*

Cuando la autoridad española competente reciba una orden europea de investigación en la que se requiera información sobre cuentas bancarias u otro tipo de cuentas financieras la proporcionará de conformidad con el Derecho español, a menos que la entidad financiera no dispusiera de la misma. La información a proporcionar a la autoridad de emisión incluirá, cuando así lo solicite la orden europea de investigación, las cuentas respecto de las cuales la persona que sea objeto de los procesos penales de que se trate tenga poderes de representación.

La autoridad competente española, además de por los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, denegará la ejecución de la orden europea de investigación en los casos en que no se autorizaría la medida de investigación en un caso interno similar.

La autoridad española competente adoptará las medidas necesarias para garantizar que los bancos o entidades financieras no revelen al cliente bancario interesado ni a otros terceros el hecho de que se ha transmitido información al Estado de emisión en virtud de este artículo y el siguiente, o de que se está llevando a cabo una investigación, pudiendo utilizar a esos efectos la información obrante en el Fichero de Titularidades Financieras, siempre que se trate de investigaciones de delitos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Artículo 218. *Ejecución de una orden europea de investigación para obtener información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras.*

La autoridad española competente para el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación proporcionará la información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras de conformidad con el Derecho español, a menos que la entidad financiera no dispusiera de la misma.

En el caso de la letra c) del artículo 199, además de por los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución contemplados en esta Ley, la autoridad española competente denegará la ejecución de la orden europea de investigación en los casos en que no se autorizaría la medida de investigación en un caso interno similar.

Artículo 219. *Ejecución de una orden europea de investigación para obtener pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo.*

1. Cuando la autoridad competente reciba una orden europea de investigación con el fin de realizar una medida de investigación que requiera la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, denegará su ejecución, además de en los supuestos recogidos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, en los casos en que no se autorizaría la medida de investigación en un caso interno similar.

2. La autoridad competente que reciba una orden europea de investigación con el fin de realizar una medida de las previstas en este artículo, será la competente para actuar, dirigir y controlar las operaciones relacionadas con su ejecución, si bien las disposiciones prácticas las acordará con la autoridad competente del Estado de emisión.

Artículo 220. *Ejecución de una orden europea de investigación para realizar investigaciones encubiertas.*

1. Cuando la autoridad competente reciba una orden europea de investigación con el fin de recabar su colaboración en la realización de una investigación encubierta en España, denegará su ejecución, además de en los supuestos recogidos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, cuando:

a) La realización de investigaciones encubiertas no se autorizaría en casos internos similares.

b) No se hubiera llegado a un acuerdo con la autoridad de emisión respecto a las condiciones para llevar a cabo la investigación correspondiente.

2. La autoridad que acuerde la ejecución de una orden europea de investigación con el fin de realizar una medida de las previstas en este artículo, la ejecutará de acuerdo con el ordenamiento jurídico español asumiendo la dirección y el control de las operaciones relacionadas con la medida, si bien la duración de la misma, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes intervinientes serán acordadas con la autoridad competente del Estado de emisión.

Artículo 221. *Ejecución de una orden europea de investigación para intervención de telecomunicaciones.*

1. La autoridad judicial competente española denegará la ejecución de la orden europea de investigación, además de por los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 207, en los casos en que no se autorizaría la medida de investigación en un caso interno similar.

2. Cuando la autoridad judicial competente española reciba una orden europea de investigación para la intervención de telecomunicaciones podrá ejecutarla mediante alguna de las siguientes formas:

a) La transmisión inmediata de las telecomunicaciones a la autoridad de emisión.

b) La intervención, registro y ulterior transmisión del resultado de la intervención de las telecomunicaciones a la autoridad de emisión.

La elección de la forma en que se va a ejecutar la orden europea de investigación se acordará con la autoridad de emisión.

Artículo 222. *Notificación a España de la intervención de telecomunicaciones con interceptación de la dirección de comunicaciones de una persona investigada o encausada que se encuentre en España y cuya asistencia técnica no sea necesaria.*

Cuando se notifique a España la intervención de telecomunicaciones con interceptación de la dirección de comunicaciones de una persona investigada o encausada que se encuentre en España, en el caso de que dicha intervención no fuera objeto de autorización en un caso interno similar, la autoridad española competente comunicará al Estado que se encuentre ejecutando la intervención, sin dilación y a más tardar en un plazo de noventa y seis horas desde la recepción de la notificación:

a) Que no podrá efectuarse la intervención o que se pondrá fin a la misma.

b) Y, en su caso, que no podrá utilizarse el posible material ya intervenido mientras la persona objeto de la intervención se encontraba en España, o que solo podrá utilizarse en las condiciones que se especifiquen. Deberá informarse a la autoridad competente del Estado que realiza la intervención de los motivos de tales condiciones.

Artículo 223. *Ejecución de una orden europea de investigación para adoptar medidas de aseguramiento de prueba o de diligencias de investigación en relación con los medios de prueba.*

La autoridad española competente para el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación en la que se solicite una medida cautelar de aseguramiento de pruebas comunicará su decisión a la autoridad de emisión dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la orden.

En ejecución de la orden europea de investigación, los medios de prueba se trasladarán al Estado de emisión en la forma prevista en el artículo 211.

Previa consulta a la autoridad de emisión, la autoridad española competente, de conformidad con el Derecho español, podrá imponer condiciones, adecuadas a las circunstancias del caso, para limitar la duración del plazo de aplicación de la medida cautelar requerida. Si se propusiera dejar sin efecto la medida cautelar, se informará de ello a la autoridad de emisión y se le ofrecerá la posibilidad de formular alegaciones.

La autoridad española competente podrá recabar la asistencia de la Oficina de Recuperación y Gestión de activos en la ejecución de una orden europea de investigación cuando la misma se refiera a elementos probatorios susceptibles de ulterior decomiso.

Disposición adicional primera. *Remisión y ejecución de órdenes europeas de detención y entrega provenientes o dirigidas a Gibraltar.*

Las órdenes europeas de detención y entrega provenientes o dirigidas a la colonia británica de Gibraltar se regirán por lo dispuesto en el «Régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados Conexos», contenido en el documento del Consejo 7998/00 JAI 45 MI 73, de 19 de abril de 2000.

Disposición adicional segunda. *Transmisión de medidas de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas y de sanciones pecuniarias con el Reino Unido y la República de Irlanda.*

La transmisión de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas y de sanciones pecuniarias con el Reino Unido y la República de Irlanda se efectuará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, a menos que estos Estados manifiesten mediante declaración depositada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea y notificada a la Comisión que optan por la transmisión de sus resoluciones y del certificado correspondiente por conducto de una autoridad central o de las autoridades especificadas en la declaración.

Disposición adicional tercera. *Información sobre las declaraciones efectuadas ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea.*

El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado se coordinarán para que a través de sus sitios web se puedan conocer las declaraciones que España y los demás Estados miembros hayan efectuado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, renunciando a exigir su consentimiento para determinadas actuaciones relativas al reconocimiento y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo.

Disposición adicional cuarta. *Ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la Unión Europea.*

Cuando, en ejecución de una resolución de decomiso dictada por la autoridad competente de un Estado no miembro de la Unión Europea, se acuerde por los jueces o tribunales españoles el decomiso de bienes, valores o efectos que se hallen en España, el reparto de los mismos se llevará a cabo del siguiente modo:

1.º Si el valor de los bienes, valores y efectos decomisados, descontados los gastos realizados para su localización, administración y conservación, fuera inferior a 10.000 euros, se adjudicarán íntegramente al Estado español, y se les dará el destino que se determine legal o reglamentariamente.

2.º En el resto de los casos, descontados los gastos realizados para su localización, administración y conservación, corresponderá al Estado de emisión el 50 por 100 del valor de los bienes, valores y efectos decomisados cuando la resolución de decomiso haya sido dictada por la autoridad competente de un Estado que haya garantizado reciprocidad a España.

El resto de los bienes, valores y efectos decomisados serán adjudicados al Estado español, que les dará el destino que se determine legal o reglamentariamente.

3.º Lo dispuesto en el apartado anterior será únicamente aplicable en defecto de acuerdo entre el Reino de España y el Estado requirente.

4.º Se dispondrá de los bienes, valores o efectos decomisados del siguiente modo:

a) Si se trata de dinero, se transferirá al Estado requirente la cantidad que corresponda.

b) Si se trata de bienes, valores o efectos de otra naturaleza, se transferirán al Estado requirente, en la parte que corresponda, salvo que la resolución de decomiso se hubiera referido a una cantidad de dinero y el Estado requirente no se muestre conforme; se procederá a su venta conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente, y se transferirá el efectivo obtenido, una vez descontados los gastos de ejecución, al Estado requirente, en la parte que corresponda. Cuando ninguno de los dos procedimientos anteriores pueda ser aplicado, se procederá conforme a cualquier otro procedimiento autorizado legal o reglamentariamente.

5.º Cuando de la ejecución de la resolución de decomiso resulten afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, en ningún caso se procederá a su enajenación o restitución al Estado de emisión. En tal supuesto, el decomiso será inmediatamente comunicado a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo.

Disposición adicional quinta. *Protección de datos de carácter personal.*

Los datos de carácter personal obtenidos como consecuencia de la emisión o ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo estarán protegidos de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea y española de protección de datos de carácter personal.

Disposición adicional sexta. *Declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica.*

En el caso de que la declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica sea introducida en la legislación procesal penal española, regirán las siguientes reglas para la emisión y ejecución de una orden europea de investigación que contemple dicha medida:

a) Cuando la autoridad española competente que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír, como testigo o perito, a una persona que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que la declaración del testigo o perito se realice por conferencia telefónica, siempre que no considere más conveniente que la persona comparezca personalmente en su territorio y no hubiera sido posible utilizar otro medio más adecuado.

b) Salvo acuerdo en sentido contrario, el procedimiento para declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica, tanto para la emisión como para la ejecución de una orden europea de investigación que incluya dicha declaración, se regirá por lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 216.

A los efectos de esta disposición adicional, se entenderá por autoridad española competente la definida en el artículo 187.

Disposición adicional séptima. *Referencias a Fiscales europeos delegados.*

1. Las referencias de esta Ley a las autoridades judiciales y al Ministerio Fiscal se entenderán realizadas a los Fiscales europeos delegados respecto de aquellas funciones que les atribuyen el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y la Ley Orgánica de aplicación de dicho Reglamento.

2. A los efectos del apartado 1 del artículo 35, los Fiscales europeos delegados serán autoridad competente en el ámbito de los procedimientos en los que ostenten las competencias atribuidas por el citado Reglamento.

Disposición transitoria primera. *Régimen transitorio.*

1. Esta Ley será aplicable a las resoluciones que se transmitan por las autoridades competentes españolas o que se reciban por esas autoridades con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad o de que se refieran a hechos anteriores a la misma.

2. Las resoluciones cuya solicitud de reconocimiento y ejecución hubiera sido transmitida por las autoridades judiciales españolas o que se hubieran recibido por esas autoridades en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, seguirán tramitándose hasta su conclusión conforme a las normas vigentes en aquel momento.

3. A los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la presente Ley, cuando se trate de solicitudes de reconocimiento y ejecución que hubieran podido ser presentadas a partir del 5 de

diciembre de 2011 y antes de la entrada en vigor de la presente Ley, será aplicable la legislación vigente al tiempo de la solicitud de ser más favorable para el condenado.

Disposición transitoria segunda. *Remisión y ejecución de resoluciones condenatorias en Polonia.*

Lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 67 no será aplicable a Polonia, tanto si éste es Estado de emisión como si es Estado de ejecución, en aquellos casos en que la resolución condenatoria haya sido dictada antes de un período de cinco años a partir del 5 de diciembre de 2011, salvo que renuncie a recurrir a esta excepción mediante notificación a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea.

Disposición transitoria tercera. *Equivalencia de la descripción del Sistema de Información Schengen.*

Con carácter provisional, hasta el momento en que el Sistema de Información Schengen tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el artículo 36, la descripción equivaldrá a una orden europea de detención y entrega hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original en buena y debida forma.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega; la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

Disposición final primera. *Actualización de anexos.*

Se autoriza al Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro de Justicia, a actualizar los modelos de certificados recogidos en los anexos de esta Ley cuando hayan sido modificados por normas de la Unión Europea.

Disposición final segunda. *Título competencial.*

Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación procesal.

Disposición final tercera. *Incorporación de derecho de la Unión Europea.*

Mediante esta ley se incorporan al Derecho español:

a) La Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados.

b) La Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

c) La Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

d) La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

e) La Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

f) La Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

g) La Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

h) La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y

APPENDICE NORMATIVA

2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

i) La Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

j) Y la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección.

k) La Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.
Madrid, 20 de noviembre de 2014.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,
MARIANO RAJOY BREY

APPENDICE NORMATIVA: PORTOGALLO

*Diário da República, 1.ª série — N.º 160 —
21 de agosto de 2017*

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 88/2017

de 21 de agosto

Aprova o regime jurídico da emissão, transmissão, reconhecimento e execução de decisões europeias de investigação em matéria penal, transpõe a Diretiva 2014/41/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, e revoga a Lei n.º 25/2009, de 5 de junho.

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei estabelece o regime jurídico da emissão, transmissão e do reconhecimento e execução de decisões europeias de investigação, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação (DEI) em matéria penal.

Artigo 2.º

Natureza

1 — A DEI é uma decisão emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado membro da União Europeia para que sejam executadas noutro Estado membro uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova em conformidade com a presente lei.

2 — A DEI é executada com base no princípio do reconhecimento mútuo, nos termos da presente lei e em conformidade

com a Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014.

Artigo 3.º

Definições

Para efeitos da presente lei, entende -se por:

a) «Estado de emissão», o Estado membro no qual a DEI tenha sido emitida;

b) «Estado de execução», o Estado membro que executa a DEI, no qual a medida de investigação deva ser executada;

c) «Autoridade de emissão»:

i) O juiz, o tribunal, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais da sua competência; ou

ii) Qualquer outra autoridade competente definida pelo Estado de emissão e que, no caso, atue enquanto autoridade de investigação nos processos referidos no artigo 5.º, com competência para ordenar a obtenção de elementos de prova no processo de acordo com a respetiva lei nacional, desde que a DEI seja validada por um juiz, por um tribunal, por um juiz de instrução ou por um magistrado do Ministério Público no Estado de emissão, após verificação da sua conformidade com as condições de emissão. Se a DEI tiver sido validada por uma autoridade judiciária, esta é equiparada a autoridade de emissão para efeitos de transmissão;

d) «Autoridade de execução», uma autoridade com competência para reconhecer a DEI e garantir a sua execução;

e) «Medida de investigação», a diligência ou ato necessário à realização das finalidades do inquérito ou da instrução, destinados à obtenção de meios de prova, e os atos de produção de prova em julgamento ou em fase posterior do processo, bem como os necessários à instrução dos processos de contraordenação pelas autoridades administrativas, nos termos previstos na lei

processual penal e demais legislação aplicável.

Artigo 4.º

Âmbito de aplicação

1 — A DEI abrange qualquer medida de investigação, com exceção da criação de equipas de investigação conjuntas e da obtenção de elementos de prova por essas equipas.

2 — A DEI abrange também as medidas de investigação destinadas à realização dos objetivos de uma equipa de investigação conjunta, a executar num Estado membro que nela não participa, por decisão da autoridade judiciária competente de um dos Estados membros que dela fazem parte.

3 — A DEI aplica -se à obtenção de novos elementos de prova e à transmissão de elementos de prova na posse das autoridades competentes do Estado de execução, em todas as fases do processo.

Artigo 5.º

Tipos de processos

A DEI pode ser emitida:

a) Em processos penais instaurados por uma autoridade judiciária, ou que possam ser instaurados perante uma tal autoridade, relativamente a uma infração penal, ao abrigo do direito interno do Estado de emissão;

b) Em processos instaurados pelas autoridades judiciárias referentes a factos ilícitos puníveis ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, desde que as respetivas decisões admitam recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal;

c) Em processos instaurados por entidades administrativas relativamente a factos ilícitos puníveis ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, designadamente por infrações que constituam ilícito de mera ordenação social, cujas decisões admitam recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal;

d) Em conexão com os processos referidos nas alíneas anteriores, relativos a crimes ou outros atos ilícitos pelos quais uma pessoa coletiva possa ser responsabilizada ou punida no Estado de emissão.

Artigo 6.º

Forma e conteúdo

1 — A DEI é emitida através do preenchimento do formulário constante do anexo I à presente lei, da qual faz parte integrante, devendo conter, em particular, as seguintes informações:

a) Os dados relativos à autoridade de emissão e, se for o caso, à autoridade de validação;

b) A identificação do seu objeto e a sua justificação;

c) As informações necessárias que estejam disponíveis acerca da pessoa ou pessoas, singulares ou coletivas, a que se aplica a medida de investigação;

d) Uma descrição da infração que é objeto da investigação ou do processo e as disposições de direito penal do Estado de emissão aplicáveis;

e) Uma descrição da medida ou medidas de investigação solicitadas e das provas a obter.

2 — A DEI é assinada pela autoridade de emissão, que certifica a exatidão e correção das informações dela constantes.

3 — A DEI deve ser traduzida pela autoridade competente do Estado de emissão, para a língua oficial do Estado de execução ou para uma das línguas oficiais dos Estados membros da União Europeia que este tiver declarado aceitar.

Artigo 7.º

Consultas e comunicações entre as autoridades competentes

1 — Sempre que for considerado apropriado, as autoridades nacionais competentes para a emissão e para a execução podem consultar -se mutuamente, a fim de facilitar a correta e eficiente aplicação da presente lei.

2 — Todas as comunicações oficiais são efetuadas diretamente entre as autoridades nacionais competentes para a emissão e para a execução, por qualquer meio que permita a obtenção de um registo escrito e a verificação da sua autenticidade.

Artigo 8.º

Proteção de dados pessoais

1 — Na aplicação da presente lei os dados pessoais são protegidos e tratados em conformidade com a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão -Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, e de acordo com os princípios consagrados na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de janeiro de 1981, e no seu Protocolo Adicional.

2 — O acesso a esses dados é restrito, apenas tendo acesso aos mesmos aqueles que forem devidamente autorizados, sem prejuízo dos direitos do titular dos dados.

3 — Ao tratamento, segurança, conservação, acesso e proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da presente lei é aplicável a Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, alterada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, bem como a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

Artigo 9.º

Encargos

1 — Sem prejuízo das normas específicas previstas no capítulo IV, o Estado Português suporta todas as despesas ocorridas com a

execução de uma DEI em território nacional.

2 — Quando as despesas sejam consideradas excecionalmente elevadas, a autoridade nacional de execução acorda com a autoridade de emissão a partilha dos encargos ou a alteração da DEI, informando discriminadamente sobre aquelas.

3 — O Estado Português não suporta as despesas decorrentes da execução noutro Estado membro de uma DEI emitida pelas autoridades portuguesas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

4 — Quando consultada pela autoridade de execução quanto à partilha de despesas excecionalmente elevadas, a autoridade portuguesa de emissão decide sobre a parte das despesas a suportar ou, na falta de acordo, sobre a retirada total ou parcial da DEI.

Artigo 10.º

Autoridade central

1 — A Procuradoria -Geral da República é designada como autoridade central para coadjuvar as autoridades judiciais competentes para emissão e execução da DEI, designadamente nas comunicações com as autoridades dos outros Estados membros, e demais finalidades previstas na presente lei.

2 — São comunicadas à autoridade central as DEI emitidas e recebidas pelas autoridades nacionais competentes.

CAPÍTULO II

Procedimentos e garantias de emissão

Artigo 11.º

Objeto e condições de emissão

1 — A DEI só pode ser emitida ou validada se estiverem reunidas as seguintes condições:

a) Se for necessária, adequada e proporcional, para efeitos dos processos a que se refere o artigo 5.º; tendo em conta os direitos do suspeito ou do arguido; e

b) Se a medida ou medidas de investigação solicitadas na DEI pudessem ter sido ordenadas, nas mesmas condições, no âmbito de processos nacionais semelhantes.

2 — As condições referidas no número anterior são avaliadas, caso a caso, pela autoridade nacional de emissão.

3 — A DEI indica, se for caso disso, as formalidades e procedimentos particularmente exigidos na obtenção ou produção do meio de prova, de acordo e com referência às disposições legais aplicáveis, solicitando o seu cumprimento à autoridade de execução, de modo a garantir a validade e eficácia da prova.

4 — A autoridade de emissão pode decidir retirar a DEI se, na sequência de contactos estabelecidos pela autoridade de execução, esta considerar que não se encontram preenchidas as condições estabelecidas no n.º 1.

Artigo 12.º

Autoridades nacionais de emissão

1 — É competente para emitir uma DEI a autoridade judiciária nacional com competência para a direção do processo na fase em que ele se encontra.

2 — O disposto no n.º 1 não prejudica as competências do juiz de instrução para autorizar ou ordenar a prática de atos na fase de inquérito, nos termos da lei.

3 — A DEI também pode ser emitida pelo membro nacional da EUROJUST, nos termos e nas circunstâncias previstas nos n.os 3 e 4 do artigo 8.º da Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril. 4 — A DEI é emitida por iniciativa da autoridade judiciária ou a pedido dos sujeitos processuais, nos termos em que estes podem requerer a obtenção ou produção de meios de prova, de acordo com a lei processual penal.

5 — Nos processos de contraordenação, a DEI é emitida pela entidade administrativa competente para o processamento da contraordenação, de acordo com o regime

que lhe for aplicável, mediante validação pelo Ministério Público.

6 — No caso previsto no artigo anterior, a validação é efetuada, no prazo máximo de 10 dias contados a partir da data da receção da DEI, pelo Ministério Público no tribunal competente para conhecer do recurso de impugnação da decisão da entidade administrativa que aplica a sanção.

Artigo 13.º

Procedimentos de transmissão e comunicação

1 — A DEI é transmitida diretamente pela autoridade de emissão à autoridade de execução, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito e em condições que permitam determinar a sua autenticidade.

2 — A DEI pode ser transmitida através do sistema de telecomunicações da Rede Judiciária Europeia, a que se refere a Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de dezembro de 2008.

3 — As comunicações subseqüentes relativas à DEI são efetuadas diretamente entre a autoridade de emissão e a autoridade de execução.

4 — As dificuldades respeitantes à transmissão ou à autenticidade de documentos necessários à execução são tratadas por contacto direto entre as autoridades judiciárias.

5 — Pode ser solicitada a assistência da autoridade central, do membro nacional da EUROJUST ou dos pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia, designadamente para identificação da autoridade competente para a execução.

6 — Sem prejuízo do apoio da EUROJUST que se mostrar necessário à coordenação da execução, a autoridade nacional de emissão informa o membro nacional daquela nos casos em que forem transmitidas decisões europeias de investigação no âmbito do mesmo processo a, pelo menos, dois Estados membros, em conformidade com o disposto no artigo 9.º -A da Lei n.º 36/2003,

de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril.

Artigo 14.º

Emissão complementar

1 — Sendo uma DEI emitida em complemento de outra, é assinalado esse facto na secção D do formulário constante do anexo I à presente lei.

2 — Se coadjuvar a execução, nos termos do artigo seguinte, a autoridade de emissão pode, enquanto se encontrar no Estado de execução, emitir e entregar diretamente uma DEI complementar à autoridade de execução, sem prejuízo da competência que os Estados envolvidos tenham atribuído à respetiva autoridade central.

3 — A DEI complementar é certificada nos termos do n.º 2 do artigo 6.º e, se aplicável, validada.

Artigo 15.º

Coadjuvação na execução

1 — A autoridade de emissão pode solicitar à autoridade de execução que autoridades e agentes do Estado de emissão com competência em matéria de investigação coadjuvem as autoridades de execução.

2 — As autoridades e agentes presentes no Estado de execução ficam sujeitos à lei desse Estado durante a execução da DEI, sem poderes de execução, salvo se a lei desse Estado o permitir, nos termos em que for acordado entre a autoridade nacional de emissão e a autoridade de execução.

Artigo 16.º

Confidencialidade

A autoridade de emissão não divulga quaisquer elementos de prova ou informações fornecidos pela autoridade de execução sujeitos ao dever de segredo ou de sigilo,

exceto na medida em que a divulgação seja autorizada pela lei nacional e não contrarie a indicação da autoridade de execução.

Artigo 17.º

Levantamento do segredo, de privilégio ou da imunidade

Caso a autoridade de execução informe que o reconhecimento ou a execução podem ser recusados com o fundamento na existência de segredo, privilégio ou imunidade cujo levantamento seja da competência de uma autoridade de Estado terceiro, ou de uma organização internacional, a autoridade de emissão diligencia no sentido da sua obtenção, suspendendo -se a DEI.

CAPÍTULO III

Procedimentos e garantias de execução

Artigo 18.º

Reconhecimento e execução pelas autoridades nacionais

1 — A autoridade de execução reconhece sem formalidades adicionais, nos termos da presente lei, a DEI emitida e transmitida pela autoridade competente de outro Estado membro, e garante a sua execução, com base no princípio do reconhecimento mútuo, nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade nacional, sem prejuízo do disposto nos artigos 22.º e 24.º

2 — A autoridade de execução respeita as formalidades e os procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão, salvo disposição em contrário da presente lei e desde que se respeitem os pressupostos e requisitos do direito nacional em matéria de prova no âmbito de processos nacionais semelhantes.

3 — A autoridade de execução pode consultar a autoridade de emissão, pelos meios que considerar adequados, para facilitar a aplicação do presente artigo.

4 — Se necessário, a autoridade nacional de execução solicita o apoio do membro nacional da EUROJUST no âmbito das competências deste órgão, especialmente quando a DEI requerer execução coordenada com a autoridade de emissão ou com medidas de investigação noutros

Estados membros ou em Estados que tenham celebrado acordos de cooperação com a EUROJUST, nos termos do disposto na Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril.

5 — A DEI transmitida às autoridades nacionais é traduzida para a língua oficial do Estado de execução ou para outra língua oficial dos Estados membros da União Europeia que Portugal tiver declarado aceitar, em conformidade com o n.º 3 do artigo 6.º

Artigo 19.º

Autoridades nacionais de execução

1 — É competente para reconhecer e garantir a execução de uma DEI a autoridade judiciária nacional com competência para ordenar a medida de investigação em território nacional, de acordo com o disposto na lei processual penal, nas leis de organização do sistema judiciário e no Estatuto do Ministério Público.

2 — Sem prejuízo do especialmente previsto na presente lei, é competente para reconhecer e garantir a execução de uma DEI a autoridade judiciária da comarca em cuja área reside ou se encontra a pessoa singular ou tem sede a pessoa coletiva em causa, quando as medidas se destinarem à audição de pessoa singular ou representante legal de pessoa coletiva, ou a autoridade judiciária da comarca em cuja área deva ser executada a medida de investigação.

3 — Compete ao juízo local criminal a prática de atos de produção de prova em julgamento.

4 — Quando a execução das medidas deva ter lugar na área de competência territorial de diferentes juízos locais criminais da mesma comarca, fixa-se a competência no juízo local criminal competente que primeiro receber a decisão devidamente transmitida, sendo correspondentemente aplicável o disposto no n.º 7.

5 — Se a DEI disser respeito a várias pessoas e estas residam ou tenham sede na

área de diferentes comarcas, bem como nas situações em que as medidas de investigação devam ser executadas em mais de uma comarca, é territorialmente competente, consoante a fase do processo no Estado de emissão ou a medida de investigação a executar:

a) O Departamento Central de Investigação e Ação Penal, relativamente a atos das fases preliminares do processo que devam ser praticados na área de competência territorial de mais de um tribunal da Relação ou sem localização territorial definida, e nos casos em que lhe é atribuída competência para ordenar ou promover a medida de investigação em processos nacionais;

b) O Departamento de Investigação e Ação Penal distrital da área de competência do tribunal da Relação respetivo, relativamente a atos das fases preliminares do processo que devam ser praticados na área de jurisdição desse tribunal;

c) O juízo local criminal da sede do tribunal da Relação de Lisboa, relativamente a atos de produção de prova em julgamento que devam ser praticados na área de competência territorial de mais de um tribunal da Relação;

d) O juízo local criminal da sede do tribunal da Relação respetiva relativamente a atos de produção de prova em julgamento que devam ser praticados na área de competência territorial desse tribunal da Relação.

6 — Se a DEI se destinar à transmissão de elementos de prova na posse das autoridades nacionais, é competente para o reconhecimento e para garantir a execução a autoridade judiciária que dirigir o processo na fase em que se encontra.

7 — Nos casos previstos nas alíneas c) e d) do n.º 5 são emitidas cartas precatórias dirigidas aos juízos locais criminais territorialmente competentes para a prática de atos que devam ter lugar fora da comarca onde estão sedeados aqueles tribunais, salvo se se tratar de atos processuais que não possam ou não devam ser separados.

8 — Sem prejuízo do disposto no n.º 1, no caso previsto na alínea *b*) do artigo 5.º, é competente para o reconhecimento o Ministério Público no tribunal referido no n.º 6 do artigo 12.º, de acordo com o regime aplicável, cabendo à autoridade administrativa com competência para o processamento da contraordenação a execução da medida.

9 — Quando não tiver competência para a reconhecer e tomar as medidas necessárias à execução, a autoridade nacional que recebe a DEI transmite -a à autoridade judiciária competente, informando desse facto a autoridade de emissão.

10 — Quando se verificarem as circunstâncias previstas nos n.os 3 e 4 do artigo 8.º da Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 20/2014, de 15 de abril, o membro nacional da EUROJUST pode executar uma DEI que lhe tenha sido transmitida por uma autoridade competente do Estado de emissão.

Artigo 20.º

Procedimentos de reconhecimento e execução

1 — Recebida a DEI, a autoridade nacional competente para a execução verifica se esta respeita os limites e âmbito de aplicação, tal como previstos no n.º 2 do artigo 2.º e nos artigos 4.º e 5.º e se esta se encontra emitida nos termos do artigo 6.º, respeitando os requisitos de forma e conteúdo, e se das informações dela constantes se evidencia algum dos motivos de recurso a medida de tipo diferente da indicada, de não reconhecimento ou não execução, ou de adiamento, nos termos dos artigos 21.º, 22.º e 24.º, de que desde logo possa conhecer.

2 — Se a DEI não respeitar o disposto no artigo 6.º, por o formulário constante do anexo I à presente lei se mostrar preenchido de forma incompleta ou manifestamente incorreta ou por não se encontrar traduzida nos termos do n.º 5 do artigo 18.º, a autoridade nacional de execução informa a autoridade de emissão, nos termos da alínea

a) do n.º 3 do artigo 25.º, solicitando que este seja devidamente completado ou corrigido ou traduzido.

3 — A falta de tradução e o não suprimento dos vícios referidos no número anterior impede a autoridade nacional de execução de tomar decisão sobre o reconhecimento, sendo a DEI devolvida à autoridade de emissão.

4 — Verificada a regularidade formal e substancial da DEI, a autoridade nacional de execução profere decisão de reconhecimento e ordena, pratica ou assegura os atos necessários à execução.

5 — Concluída a execução, ou esgotadas as diligências que o caso impuser, não havendo motivo de não execução, a autoridade nacional de execução encerra o procedimento de execução e reconhecimento da DEI, transmitindo os elementos obtidos à autoridade de emissão.

Artigo 21.º

Medida alternativa de investigação

1 — Se a medida não existir na lei do Estado de execução ou não for admissível num processo nacional semelhante, a autoridade de execução recorre, sempre que possível, a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI.

2 — Excetua -se do disposto no número anterior as seguintes medidas de investigação, sem prejuízo dos motivos de não execução previstos no artigo seguinte que lhes sejam aplicáveis:

a) Obtenção de informações ou de elementos de prova que já estejam na posse da autoridade de execução e, de acordo com o direito do Estado de execução, fossem suscetíveis de ter sido obtidos no âmbito de processos penais ou para efeitos da DEI;

b) Obtenção de informações contidas nas bases de dados detidas pelas entidades policiais ou pelas autoridades judiciárias e às quais a autoridade de execução pode ter acesso direto no âmbito de processos penais;

c) Audição de testemunhas, peritos, vítimas, suspeitos ou arguidos, ou terceiros, no Estado de execução;

d) Medidas de investigação não intrusivas previstas na lei do Estado de execução;

e) Identificação de pessoas que tenham uma assinatura de um número de telefone ou um endereço IP específicos.

3 — A autoridade de execução pode ainda recorrer a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI nos casos em que essa medida conduza ao mesmo resultado que a medida de investigação indicada pela autoridade de emissão, mas utilize meios menos intrusivos, tendo em conta o disposto na alínea a) n.º 1 do artigo 11.

4 — A autoridade de execução informa a autoridade de emissão antes de recorrer a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI, nos termos dos números anteriores, para que esta a possa retirar ou complementar.

5 — Se, de acordo com o disposto no n.º 1, a medida de investigação indicada na DEI não existir na lei do Estado de execução ou não for admissível num processo nacional semelhante, e na falta de outra medida de investigação que permita obter o mesmo resultado que a medida de investigação solicitada, a autoridade de execução notifica a autoridade de emissão de que não foi possível a assistência solicitada.

6 — A autoridade nacional de execução pode solicitar o apoio do membro nacional de Portugal na EUROJUST sempre que entenda que a substituição da medida exige coordenação com a autoridade de emissão.

Artigo 22.º

Motivos de não reconhecimento ou de não execução

1 — O reconhecimento ou a execução de uma DEI podem ser recusados se:

a) A conduta para a qual tiver sido emitida a DEI não constituir um ilícito de natureza penal ou de outra natureza sancionatória à luz da lei do Estado de execução, a menos

que se relacione com uma infração incluída nas categorias de infrações constantes do anexo IV à presente lei, da qual faz parte integrante, e desde que seja punível no Estado de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos, conforme indicação da autoridade de emissão na DEI;

b) A execução for impossível por existir segredo, imunidade ou privilégio ao abrigo do direito interno do Estado de execução ou por existirem regras sobre a determinação e limitação da responsabilidade penal no que se refere à liberdade de imprensa e de expressão noutros meios de comunicação social;

c) A execução for suscetível de prejudicar interesses nacionais essenciais de segurança, comprometer a fonte de informação ou implicar o uso de informações classificadas relativas a atividade específicas de informação;

d) A DEI tiver sido emitida no âmbito dos processos referidos nas alíneas b) e c) do artigo 5.º e a medida de investigação indicada não for admitida em processos nacionais semelhantes;

e) A execução for contrária ao princípio *ne bis in idem*;

f) A decisão disser respeito a uma infração penal alegadamente cometida fora do território do Estado de emissão e total ou parcialmente no território do Estado de execução e a conduta que tiver conduzido à emissão da DEI não constituir infração no Estado de execução;

g) Houver motivos substanciais para crer que a execução da medida indicada é incompatível com as obrigações do Estado de execução nos termos do artigo 6.º do Tratado da União Europeia e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;

h) A medida de investigação em causa só for admissível pela lei do Estado de execução quando estejam em causa crimes punidos com penas que atinjam determinados limites ou determinadas categorias de

infrações que não incluam a infração a que a DEI diz respeito.

2 — As alíneas *a)* e *h)* do número anterior não se aplicam às medidas de investigação enunciadas no n.º 2 do artigo 21.º

3 — Se estiverem em causa infrações em matéria fiscal, aduaneira ou cambial, não pode ser recusado o reconhecimento ou a execução com o fundamento de que a lei do Estado de execução não impõe o mesmo tipo de imposto ou direito, ou não contém o mesmo tipo de regulamentação em matéria fiscal, aduaneira ou cambial que a lei do Estado de emissão.

4 — Nos casos a que se referem as alíneas *b)*, *c)*, *e)*, *f)* e *g)* do n.º 1, antes de decidir não reconhecer ou não executar, total ou parcialmente, a DEI, a autoridade de execução deve consultar a autoridade de emissão, por qualquer meio adequado e, se necessário, deve solicitar -lhe que faculte sem demora as informações suplementares que o caso impuser.

5 — No caso referido na alínea *b)* do n.º 1, quando o levantamento do privilégio, da imunidade ou da prerrogativa for da competência de uma autoridade do Estado de execução, a autoridade de execução apresenta -lhe o respetivo pedido.

Artigo 23.º

Transferência de elementos de prova

1 — Após a execução da DEI, a autoridade de execução transfere para as autoridades competentes do Estado de emissão os elementos de prova obtidos ou já na posse das autoridades do Estado de execução.

2 — Sempre que solicitado na DEI, se possível de acordo com a lei do Estado de execução, os elementos de prova são imediatamente transferidos para as autoridades competentes do Estado de emissão que assistam na execução da DEI, nos termos do artigo 27.º

3 — A transferência dos elementos de prova pode ser suspensa até ser proferida decisão sobre o recurso que tenha sido interposto nos termos do n.º 4 do artigo 45.º, a menos

que a autoridade de emissão indique na DEI que a transferência imediata é essencial para o desenvolvimento da investigação ou para a preservação de direitos individuais.

4 — A transferência é suspensa se for suscetível de causar danos graves e irreversíveis à pessoa em causa.

5 — Ao transferir os elementos de prova obtidos, a autoridade de execução indica se pretende que estes sejam devolvidos logo que deixem de ser necessários no Estado de emissão.

6 — Podem ser transferidos temporariamente para o Estado da emissão os objetos, documentos ou dados pertinentes para outros processos nacionais, na condição de serem devolvidos assim que deixarem de ser necessários no Estado de emissão, ou em qualquer outra altura ou ocasião acordada entre as autoridades competentes.

Artigo 24.º

Motivos de adiamento

1 — O reconhecimento ou a execução de uma DEI podem ser adiados:

a) Durante um prazo razoável sempre que a execução possa prejudicar uma investigação ou ação penal em curso, por um período que o Estado de execução considere razoável;

b) Sempre que os objetos, documentos ou dados em causa estejam a ser utilizados noutra processo, até deixarem de ser necessários para esse efeito.

2 — Cessando o motivo de adiamento, a autoridade de execução toma imediatamente as medidas necessárias à execução e informa a autoridade de emissão, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito.

Artigo 25.º

Dever de informar

1 — A autoridade de execução acusa a receção da DEI sem demora, e em qualquer caso no prazo de uma semana a contar da data da receção, preenchendo e enviando o

formulário constante do anexo II à presente lei, da qual faz parte integrante.

2 — Uma autoridade que receba uma DEI para a qual não é competente transmite -a à autoridade de execução competente, dando disso conhecimento à autoridade de emissão, através do formulário referido no número anterior, e cumprindo sempre o dever de informação a que se refere o n.º 1.

3 — Sem prejuízo do disposto nos n.os 4 e n.º 5 do artigo 21.º, a autoridade de execução informa imediatamente, por qualquer meio, a autoridade de emissão, sempre que:

a) Seja impossível tomar uma decisão sobre o reconhecimento ou a execução, em virtude de o preenchimento do formulário constante do anexo I à presente lei estar incompleto ou manifestamente incorreto ou não se encontrar traduzido nos termos do n.º 5 do artigo 18.º;

b) Durante a execução, considerar adequado, sem averiguações suplementares, proceder a investigações que não puderam ser especificadas ou previstas quando foi emitida a DEI, de modo a permitir à autoridade de emissão adotar novas medidas no caso em apreço; ou

c) Seja entendido que não podem ser cumpridas as formalidades e procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão.

4 — A pedido da autoridade de emissão a informação a que se refere o número anterior é confirmada sem demora, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito.

5 — Sem prejuízo do disposto nos n.os 4 e 5 do artigo 21.º, a autoridade de execução informa, sem demora, a autoridade de emissão, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito:

a) De qualquer decisão de não reconhecimento ou não execução ou de qualquer decisão de recurso a um tipo diferente de medida de investigação tomada de acordo com o disposto nos artigos 22.º e 21.º;

b) De qualquer decisão de adiamento da execução ou do reconhecimento, tomada de acordo com o disposto no artigo 24.º, bem como dos motivos do adiamento e, se possível, da duração previsível deste.

Artigo 26.º

Prazos

1 — A decisão sobre o reconhecimento a que se refere o artigo 18.º é proferida com a mesma celeridade e prioridade dos processos nacionais semelhantes e, em todo o caso, não ultrapassando o prazo máximo de 30 dias a contar da receção da DEI pela autoridade de execução.

2 — Sem prejuízo do disposto do número seguinte, inexistindo motivo de adiamento ou estando os elementos de prova na posse das autoridades nacionais, a DEI é executada no prazo de 90 dias a contar da data da decisão referida no número anterior.

3 — A autoridade de execução leva em conta, na medida em que for possível, a declaração da autoridade de emissão de que é necessário o cumprimento da DEI num prazo mais curto, devido aos prazos processuais, à gravidade da infração ou a outras circunstâncias que imponham particular urgência, ou de que a medida deve ser executada numa determinada data.

4 — Quando não for possível o cumprimento do prazo previsto no n.º 1, ou respeitar a data a que se refere o número anterior, a autoridade de execução informa a autoridade de emissão, por qualquer meio, indicando os motivos do atraso e o prazo considerado necessário para a decisão.

5 — No caso previsto no número anterior, o prazo referido no n.º 1 é prorrogado, no máximo, por um período de 30 dias.

6 — Quando não for possível cumprir o prazo estabelecido no n.º 2, a autoridade nacional de execução informa a autoridade de emissão, sem demora e por qualquer meio, indicando os motivos do atraso, e consulta -a sobre o calendário adequado para executar a medida de investigação.

Artigo 27.º

Coadjuvação na execução

1 — A autoridade de execução satisfaz o pedido de coadjuvação a que se refere o artigo 15.º desde que não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito nacional, nem prejudique os interesses nacionais essenciais de segurança.

2 — É obrigatória a presença e direção das autoridades nacionais nos atos e diligências em que participem os agentes do Estado de emissão em território português.

3 — A autoridade de execução pode consultar a autoridade de emissão, pelos meios que considerar adequados, para facilitar a aplicação do presente artigo.

Artigo 28.º

Responsabilidade penal dos agentes do Estado de emissão

Para efeitos de aplicação da presente lei, os agentes do Estado de emissão são equiparados a agentes do Estado de execução no que respeita às infrações que cometam ou de que sejam vítimas, enquanto estiverem presentes no território do Estado de execução.

Artigo 29.º

Responsabilidade civil dos agentes do Estado de emissão

1 — Quando os agentes de um Estado de emissão estiverem presentes no território de outro Estado membro para efeitos de aplicação da presente lei, aquele Estado é responsável por quaisquer danos por eles causados no decurso das suas operações, de acordo com a lei do Estado membro em cujo território estejam a atuar.

2 — O Estado membro em cujo território sejam causados os danos a que se refere o número anterior assegura a sua reparação em condições idênticas às aplicáveis aos danos causados pelos seus próprios agentes.

3 — O Estado membro cujos agentes tenham causado danos a qualquer pessoa no território de outro Estado membro reembolsa integralmente os montantes

pagos por este às vítimas ou aos seus sucessores.

4 — Sem prejuízo do exercício dos seus direitos em relação a terceiros e do disposto no número anterior, o Estado Português renuncia, nos casos a que se refere o n.º 1, a solicitar ao Estado estrangeiro a reparação dos danos por si sofridos no âmbito da aplicação da presente lei.

Artigo 30.º

Confidencialidade

1 — A autoridade nacional de execução garante, nos termos da lei, a confidencialidade dos factos e do conteúdo da DEI, exceto no que for necessário para executar a medida de investigação.

2 — A autoridade nacional de execução informa, sem demora, a autoridade de emissão, caso não seja possível assegurar a confidencialidade dos factos e do conteúdo da DEI, nos termos do número anterior.

Artigo 31.º

Legislação nacional aplicável à execução

A DEI é executada nos termos da presente lei, de acordo com o n.º 2 do artigo 2.º, sendo subsidiariamente aplicável, na sua falta ou insuficiência, o disposto no Código de Processo Penal e na legislação complementar relativa a medidas de investigação específicas, bem como o disposto na legislação aplicável às contraordenações a que a DEI diz respeito.

CAPÍTULO IV

Disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação

SECÇÃO I

Transferência temporária de pessoas detidas para efeitos de investigação

Artigo 32.º

Transferência temporária de pessoas detidas para o Estado de emissão

1 — Pode ser emitida uma DEI para a transferência temporária de uma pessoa

detida no Estado de execução, tendo em vista a execução de uma medida de investigação em que seja necessária a sua presença no território do Estado de emissão, desde que seja garantida a devolução da pessoa às autoridades do Estado de execução, no prazo estabelecido pela autoridade de execução, após consultas, se necessário, entre esta e as autoridades de emissão.

2 — Para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou não execução previstos no artigo 22.º, a transferência temporária também é recusada se:

a) A pessoa detida não der o seu consentimento;

b) A transferência for suscetível de prolongar a detenção para além dos limites legalmente previstos.

3 — Sem prejuízo do disposto na alínea a) do número anterior, caso o Estado de execução o considere necessário para os efeitos aí previstos, atendendo à idade da pessoa ou ao seu estado físico ou mental, é dada ao seu representante legal a possibilidade de se pronunciar sobre a transferência temporária.

4 — A pessoa transferida temporariamente para outro Estado membro continua detida no território do Estado de emissão e, se for caso disso, no território do Estado membro de trânsito pelos atos praticados ou condenações que determinaram a privação da liberdade no Estado de execução, a não ser que as autoridades deste Estado solicitem a sua libertação.

5 — O tempo de privação da liberdade no território dos Estados de emissão e de trânsito não suspende o decurso do prazo de prisão preventiva e é considerado no cumprimento da pena ou da medida de segurança aplicadas no Estado de execução, mantendo -se a pessoa, consoante o caso, numa destas situações quando Portugal for o Estado de execução.

6 — Para efeitos do disposto nos números anteriores, sendo Portugal o Estado de

execução, é competente para o reconhecimento e para garantir a execução e para ordenar a libertação o juiz de instrução ou o juiz que aplicou a medida de coação de prisão preventiva ou o tribunal à ordem do qual a pessoa está privada da liberdade.

7 — As disposições práticas relativas à transferência temporária, incluindo as condições concretas de alojamento no Estado de emissão, bem como as datas da transferência e da devolução são acordadas entre as autoridades competentes do Estado de emissão e do Estado de execução, assegurando -se que serão tidos em conta o estado de saúde física ou mental da pessoa e o nível de segurança exigido no Estado de emissão.

8 — As despesas decorrentes da aplicação do presente artigo são suportadas nos termos do disposto no artigo 9.º, com exceção das despesas decorrentes da transferência para o Estado de emissão e do seu retorno, que são suportadas por esse Estado.

9 — A transferência efetua -se pelos serviços do Ministério da Justiça, de acordo com a autoridade do Estado de emissão para onde a mesma deve ser transferida, relativamente ao meio de transporte, data, local e hora de entrega.

10 — No âmbito da execução de uma DEI, o trânsito da pessoa privada da liberdade pelo território ou pelo espaço aéreo nacional é autorizado pelo Ministro da Justiça, conquanto se lhe não oponham razões de ordem pública ou de segurança do Estado, aplicando -se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 43.º da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto.

Artigo 33.º

Transferência temporária de pessoas detidas para o Estado de execução

1 — Pode ser emitida uma DEI para a transferência temporária de uma pessoa detida no Estado de emissão, tendo em vista a concretização de uma medida de

investigação para recolha de prova, em que seja necessária a sua presença no território nacional.

2 — É correspondentemente aplicável o disposto na alínea *a*) do n.º 2 e nos n.os 3, 4, 7, 8 e 10 do artigo anterior.

3 — As despesas decorrentes da aplicação do presente artigo são suportadas nos termos do disposto no artigo 9.º, com exceção das despesas decorrentes da transferência para o Estado de execução e do seu retorno que são suportadas pelo Estado de emissão.

Artigo 34.º

Imunidade

1 — A pessoa transferida nos termos dos artigos 32.º e 33.º não pode ser perseguida, julgada, detida ou sujeita a qualquer outra restrição da sua liberdade por factos praticados ou condenações proferidas antes da sua transferência e não especificados na emissão da DEI.

2 — A imunidade prevista no número anterior cessa quando, durante um período de 15 dias consecutivos a contar da data em que a sua presença deixou de ser requerida pelas autoridades de emissão, a pessoa teve oportunidade de abandonar voluntariamente o território do Estado para que foi transferida temporariamente e, apesar disso, aí permaneceu ou, tendo saído, aí regressou.

SECÇÃO II

Audição por videoconferência e por conferência telefónica

Artigo 35.º

Audição por videoconferência ou por outros meios de transmissão audiovisual

1 — Caso uma pessoa se encontre no território do Estado de execução e deva ser ouvida como testemunha ou perito pelas autoridades competentes do Estado de emissão, pode ser emitida uma DEI para a sua audição por videoconferência ou por outros meios de transmissão audiovisual.

2 — Pode também ser executada uma DEI para a audição de um suspeito ou arguido por videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual.

3 — Para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou de não execução previstos no artigo 22.º, a execução pelos meios previstos no presente artigo também pode ser recusada se:

a) O suspeito ou arguido não der o seu consentimento, relativamente a ato em que tenha de intervir;

b) A execução de tal medida de investigação num caso concreto for contrária aos princípios fundamentais da lei do Estado de execução.

4 — A autoridade de emissão e a autoridade de execução acordam as disposições práticas da audição, devendo a autoridade nacional de execução comprometer -se:

a) A notificar a testemunha ou o perito em causa, indicando a data e o local da audição;

b) A convocar o suspeito ou arguido para comparecer na audição, na forma estabelecida pela lei do Estado de execução, e a informá -lo dos seus direitos ao abrigo da lei do Estado de emissão, em tempo útil que lhe permita exercer efetivamente os seus direitos de defesa;

c) A assegurar que seja identificada a pessoa a ouvir.

5 — Se, no caso concreto, a autoridade de execução não dispuser dos meios técnicos necessários à realização da audição, estes podem ser -lhe facultados pelo Estado de emissão, mediante acordo.

6 — As audições de testemunhas e de peritos realizadas em território nacional regem -se pelas disposições que seriam aplicáveis caso a audição se realizasse no âmbito de um processo nacional no que se refere à recusa em prestar depoimento ou declarações e à sua falsidade.

Artigo 36.º

Regras e procedimentos da audição

1 — À audição por videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual aplicam -se as seguintes regras:

a) Durante a audição está presente a autoridade competente do Estado de execução, se necessário assistida por um intérprete, a qual é responsável por assegurar a identificação da pessoa a ouvir e o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de execução;

b) Se necessário, são acordadas entre as autoridades competentes do Estado de emissão e do Estado de execução as medidas de proteção da pessoa a ouvir;

c) A audição é conduzida diretamente pela autoridade competente do Estado de emissão ou sob a sua direção, em conformidade com a lei desse Estado;

d) O Estado de execução assegura que a pessoa a ouvir seja assistida por um intérprete, se necessário, caso o Estado de emissão ou a pessoa a ouvir o requeira;

e) Os suspeitos ou arguidos são informados, antes da audição, dos direitos processuais que lhes assistem, incluindo o direito de se recusarem a prestar declarações, ao abrigo da lei do Estado de execução ou do Estado de emissão;

f) As testemunhas podem invocar o direito de se recusarem a depor e os peritos o direito a recusar a prestação de esclarecimentos que eventualmente lhes seja conferido pela lei do Estado de execução ou do Estado de emissão, e são informados deste seu direito antes da audição.

2 — No caso previsto na alínea a) do número anterior, se considerar que os princípios fundamentais da lei do Estado de execução são violados durante a audição, a autoridade nacional toma imediatamente as medidas necessárias para assegurar que a audição prossiga de acordo com estes princípios.

3 — Sem prejuízo das medidas eventualmente acordadas para a proteção das pessoas, no final da audição, a autoridade de execução lavra um auto do qual constem a data e o local da audição, a

identidade da pessoa ouvida, a identidade e funções de todas as outras pessoas que participaram na audição, quaisquer juramentos prestados e as condições técnicas em que decorreu a audição.

4 — O auto é transmitido pela autoridade de execução à autoridade de emissão.

Artigo 37.º

Audição por conferência telefónica

1 — Caso uma pessoa se encontre no território do Estado de execução e deva ser ouvida, na qualidade de tes temunha ou de perito, pelas autoridades competentes, de outro Estado membro, pode ser executada uma DEI para audição dessa pessoa por conferência telefónica.

2 — A DEI é emitida se a comparência física da pessoa a ouvir não for adequada ou possível, após ponderação, pela autoridade de emissão, de outros meios adequados à audição.

3 — Salvo acordo em contrário, aplica -se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 35.º e 36.º, na parte respeitante à audição de testemunhas e de peritos.

SECÇÃO III

Informações sobre contas e operações bancárias e financeiras

Artigo 38.º

Informações sobre contas bancárias e outras contas financeiras

1 — Pode ser emitida uma DEI para verificar se uma pessoa singular ou coletiva sujeita a um processo penal possui ou controla uma ou mais contas de qualquer tipo em bancos, situados no território do Estado de execução, e, em caso afirmativo, para obter todos os dados das contas identificadas.

2 — As informações a que se refere o número anterior incluem também, se solicitado na DEI, as contas para as quais tem procuração a pessoa sujeita ao processo penal em causa.

3 — A obrigação de prestação de informação estabelecida no presente artigo só é exigível na medida em que as informações se encontrem na posse do banco em que se encontra domiciliada a conta.

4 — A autoridade de emissão indica na DEI os motivos por que considera que as informações solicitadas podem ser fundamentais para a finalidade do processo penal em que é emitida e especifica os motivos que a levam a presumir que as contas em causa pertencem a bancos situados no Estado de execução, indicando, na medida em que disponha de indícios, os bancos que poderão estar envolvidos. A autoridade de emissão inclui na DEI quaisquer informações disponíveis que possam facilitar a sua execução.

5 — Pode também ser emitida uma DEI para determinar se uma pessoa singular ou coletiva sujeita a um processo penal possui ou controla uma ou mais contas em instituições financeiras não bancárias situadas no território do Estado de execução, aplicando -se com as necessárias adaptações o disposto nos n.os 2, 3 e 4.

6 — No caso previsto no número anterior, para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou não execução referidos no artigo 22.º, a execução da DEI pode ainda ser recusada se a execução da medida de investigação não for admitida num processo nacional semelhante.

7 — Os membros dos órgãos sociais das instituições bancárias e das instituições financeiras não bancárias, os seus empregados e as pessoas que a elas prestem serviço ficam vinculadas pelo dever de segredo quanto às medidas de investigação de que tomem conhecimento, não podendo, nomeadamente, divulgá -los às pessoas cujas contas são controladas ou sobre as quais foram pedidas informações ou documentos.

8 — Às obrigações de informação previstas no presente artigo aplica -se o disposto no

capítulo V da Lei n.º 5/2002, 11 de janeiro, alterada pela Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, pelos Decretos -Leis n.os 317/2009, de 30 de outubro, e 242/2012, de 7 de novembro, e pelas Leis n.os 60/2013, de 23 de agosto, e 55/2015, de 23 de junho, e 30/2017, de 30 de maio.

Artigo 39.º

Informações sobre operações bancárias e outras operações financeiras

1 — Pode ser emitida uma DEI para obtenção de dados relativos a determinadas contas bancárias e às operações bancárias realizadas durante um determinado período através de uma ou várias contas especificadas, incluindo os dados relativos às contas debitadas ou creditadas.

2 — A obrigação estabelecida no presente artigo só é aplicável na medida em que as informações se encontrem na posse do banco em que se encontre domiciliada a conta.

3 — A autoridade de emissão indica na DEI os motivos pelos quais considera que as informações solicitadas são relevantes para o processo penal em causa.

4 — Pode também ser emitida uma DEI para obtenção das informações referidas no n.º 1, relativas a operações financeiras efetuadas por instituições financeiras não bancárias, aplicando -se, com as devidas adaptações, o disposto nos n.os 2 e 3.

5 — No caso previsto no número anterior, para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou não execução referidos no artigo 22.º, a execução da DEI pode ainda ser recusada se a execução da medida de investigação não for admitida num processo nacional semelhante.

SECÇÃO IV

Medidas para recolha de prova em tempo real

Artigo 40.º

Recolha de elementos de prova em tempo real

1 — Pode ser emitida uma DEI com vista à execução de uma medida de investigação que exija a recolha de elementos de prova em tempo real, de forma ininterrupta e durante um determinado período de tempo, nomeadamente as medidas de investigação que requerem:

- a) Vigilância de operações bancárias ou de outras operações financeiras efetuadas através de uma ou várias contas nela especificadas;
- b) Entregas vigiadas ou controladas no território do Estado de execução.

2 — Nestes casos, para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou não execução referidos no artigo 22.º, a DEI pode ser recusada se a medida de investigação em causa não for admitida num processo nacional semelhante.

3 — A autoridade de emissão indica na DEI os motivos pelos quais considera que as medidas de investigação solicitadas são relevantes para o processo penal em causa.

4 — O Estado de emissão e o Estado de execução acordam as disposições práticas relativas à medida de investigação referida na alínea b) do n.º 1.

5 — A direção e controlo das operações relativas à execução da DEI cabem às autoridades competentes do Estado de execução.

6 — É competente para o reconhecimento da DEI o magistrado do Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa.

SECÇÃO V

Investigações encobertas

Artigo 41.º

Ações encobertas

1 — Pode ser emitida uma DEI para solicitar ao Estado de execução que preste assistência ao Estado de emissão na realização de investigações criminais por

agentes encobertos ou que atuem sob falsa identidade.

2 — A autoridade de emissão indica na DEI os motivos pelos quais considera que a investigação encoberta é relevante para a finalidade do processo penal em causa.

3 — Para além dos motivos de não reconhecimento ou não execução referidos no artigo 22.º, a execução da DEI pode ainda ser recusada se:

- a) A execução da medida de investigação não for admitida num processo nacional semelhante; ou
- b) Não for possível chegar a acordo sobre as condições de realização da medida de investigação.

4 — As ações encobertas em território nacional são realizadas de acordo com o disposto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, alterada pelas Leis n.os 60/2013, de 23 de agosto, e 61/2015, de 24 de junho, e no artigo 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, cabendo às autoridades portuguesas competentes a direção e controlo das operações de investigação.

5 — À competência para o reconhecimento e para garantir a execução da DEI é aplicável o n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, alterada pelas Leis n.os 60/2013, de 23 de agosto, e 61/2015, de 24 de junho.

6 — A duração da ação encoberta, as condições em que decorre e o estatuto jurídico dos agentes nela envolvidos, são acordados entre o Estado de emissão e o Estado de execução, levando -se em conta o disposto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, alterada pelas Leis n.os 60/2013, de 23 de agosto, e 61/2015, de 24 de junho, e no número seguinte.

7 — Os agentes de investigação do Estado de emissão que participem em ações encobertas em território nacional nos termos do presente artigo têm, durante o período de permanência, estatuto idêntico ao dos agentes de investigação criminal portugueses, nos termos da legislação aplicável a estes.

CAPÍTULO V
Interceção de telecomunicações

Artigo 42.º

Interceção de telecomunicações com assistência técnica de outro Estado membro

1 — Pode ser emitida uma DEI para a interceção de telecomunicações em caso de necessidade de assistência técnica noutro Estado.

2 — Quando haja mais de um Estado membro em condições de prestar toda a assistência técnica necessária para a interceção de telecomunicações, a DEI deve ser transmitida a apenas a um deles, sendo sempre dada prioridade ao Estado membro onde está ou estará o sujeito que é alvo da interceção.

3 — A DEI a que se refere o n.º 1 contém ainda os seguintes elementos:

- a) Informações destinadas a identificar a pessoa visada pela interceção;
- b) A duração pretendida da interceção;
- c) A indicação de dados técnicos suficientes, em especial a identificação do alvo, para assegurar que possa ser executada.

4 — A autoridade de emissão indica na DEI os motivos pelos quais considera que a medida de investigação indicada é relevante para o processo penal em causa.

5 — Para além de poder ser recusada com fundamento nos motivos de não reconhecimento ou não execução referidos no artigo 22.º, a execução da DEI pode ainda ser recusada se a execução da medida de investigação não for admitida num processo nacional semelhante.

6 — A DEI referida no n.º 1 pode ser executada mediante:

- a) A transmissão imediata das telecomunicações ao Estado de emissão; ou
- b) A interceção, registo e posterior transmissão do resultado da interceção das telecomunicações ao Estado de emissão.

7 — A autoridade de emissão e a autoridade de execução consultam -se mutuamente para alcançar um acordo sobre se a interceção é efetuada em conformidade com a alínea a) ou a alínea b) do número anterior.

8 — Ao emitir a DEI referida no n.º 1 ou durante a interceção, a autoridade de emissão pode também, se tiver motivo para tal, requerer a transcrição, descodificação ou decifragem do registo, sob reserva do acordo da autoridade de execução.

9 — À execução em território nacional da DEI a que se refere o presente artigo aplica -se o disposto nos artigos 187.º a 190.º do Código de Processo Penal em tudo o que não contrarie o disposto na presente lei.

10 — É aplicável o disposto na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, relativamente a uma DEI para obtenção de dados informáticos.

11 — As despesas decorrentes da aplicação do presente artigo são suportadas nos termos do artigo 9.º, com exceção das despesas decorrentes da transcrição, descodificação e decifragem das comunicações interceptadas, que são suportadas pelo Estado de emissão.

Artigo 43.º

Notificação do Estado membro onde se encontra o sujeito alvo da interceção de telecomunicações e cuja assistência técnica não é necessária

1 — Caso seja autorizada a interceção de telecomunicações pela autoridade competente de um Estado membro («Estado intercetante»), para efeitos da execução de uma medida de investigação em execução de uma DEI, e o endereço de comunicação do sujeito alvo da interceção estiver a ser utilizado no território de outro Estado membro («Estado notificado»), cuja assistência técnica não seja necessária para efetuar a interceção, a autoridade nacional competente do Estado intercetante informa dessa interceção a autoridade competente do Estado notificado:

a) Antes da interceção, se for do conhecimento da autoridade competente que o sujeito alvo da interceção está ou estará, quando da interceção, no território do Estado notificado;

b) Durante a interceção ou depois de esta ter sido feita, logo que tenha conhecimento de que o sujeito alvo da interceção está ou esteve, durante a interceção, no território do Estado notificado.

2 — A notificação referida no número anterior é efetuada através do formulário que consta do anexo III à presente lei e da qual faz parte integrante.

3 — Caso a interceção não seja admitida num processo nacional semelhante, a autoridade competente do Estado notificado informa o Estado intercetante, no prazo mais breve possível, com o limite máximo de 96 horas após receção da notificação referida no n.º 1, de que:

a) A interceção não pode ser feita ou vai ser terminada; e

b) Sendo caso disso, não podem ser utilizados dados já intercetados enquanto o sujeito que é alvo da interceção se encontrava no seu território ou só podem ser utilizados sob certas condições, que especificará. Neste caso, a autoridade competente do Estado notificado informa a autoridade competente do Estado intercetante das razões que justificam tais condições.

4 — À notificação a que se refere o n.º 2 é aplicável, com as devidas adaptações, o disposto no n.º 3 do artigo 6.º

5 — É competente para receber a notificação a que se refere o n.º 2 o Departamento Central de Cooperação Internacional da Polícia Judiciária.

6 — A notificação referida no número anterior é transmitida no mais breve lapso de tempo possível, mas nunca superior a 48 horas, ao Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa para que este a apresente ao juiz de instrução criminal de Lisboa, para efeitos do disposto no n.º 3.

CAPÍTULO VI Medidas provisórias

Artigo 44.º

Medidas provisórias

1 — Pode ser emitida uma DEI para tomar qualquer medida destinada a impedir provisoriamente a destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de um elemento que possa servir de prova.

2 — A autoridade de emissão indica na DEI se os elementos de prova devem ser transferidos para o Estado de emissão ou devem permanecer em território do Estado de execução.

3 — Quando, de acordo com o número anterior, for indicado que os elementos de prova devem permanecer em território do Estado de execução, a autoridade de emissão menciona a data em que cessa a medida provisória referida no n.º 1 ou a data prevista em que será apresentado o pedido de transferência das provas para o Estado de emissão.

4 — A autoridade de execução decide e comunica a sua decisão sobre a medida provisória o mais rapidamente possível e, sempre que tal for praticável, no prazo de 24 horas a contar da receção da DEI.

5 — A autoridade de execução reconhece e executa a DEI e transfere os elementos de prova de acordo com os procedimentos estabelecidos na presente lei.

6 — Depois de consultar a autoridade de emissão, a autoridade de execução pode, em conformidade com as leis e práticas nacionais, estabelecer condições adequadas às circunstâncias do caso, a fim de limitar a duração do período em que é mantida a medida provisória referida no n.º 1.

7 — Se, de acordo com as condições referidas no n.º 5, a autoridade de execução previr fazer cessar a medida provisória, informa desse facto a autoridade de emissão, dando-lhe a possibilidade de apresentar as suas observações.

8 — A autoridade de emissão pode, a todo o tempo, decidir fazer cessar a apreensão, disso notificando a autoridade de execução.

9 — Os procedimentos de execução da DEI em território nacional regem -se pelo disposto na lei processual penal em matéria de apreensões de objetos e outros elementos suscetíveis de servir de prova.

10 — A autoridade nacional de execução notifica de imediato a autoridade de emissão sempre que se verifique impossibilidade prática de executar a decisão de apreensão por os objetos ou outros elementos de prova terem desaparecido, terem sido destruídos ou não poderem ser encontrados no local indicado na DEI ou por esta indicação não ter sido suficientemente precisa mesmo após consulta ao Estado de emissão.

11 — Antes de proceder à notificação a que refere o número anterior, a autoridade nacional de execução procede às diligências necessárias destinadas a localizar os bens ou elementos de prova que não puderam ser encontrados.

CAPÍTULO VII Modos de impugnação

Artigo 45.º

Recursos

1 — São asseguradas vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes.

2 — Os fundamentos materiais subjacentes à emissão de uma DEI só podem ser impugnados no Estado de emissão.

3 — Sendo Portugal o Estado de emissão, o recurso da decisão judicial que ordena a medida de investigação e, consequentemente, a emissão da DEI, rege -se, quanto à admissibilidade e regime, pelo disposto no Código de Processo Penal.

4 — Sendo Portugal o Estado de execução é admissível recurso perante os tribunais portugueses de decisões judiciais relativas às formalidades e procedimentos de execução da medida de investigação, nos

termos previstos no Código de Processo Penal quanto à admissibilidade e regime.

5 — A informação sobre a possibilidade de, nos termos do direito interno, ser interposto recurso é prestada à pessoa ou pessoas visadas pela medida de investigação, se tal não comprometer a necessidade de garantir a confidencialidade da investigação.

6 — A autoridade de emissão e a autoridade de execução informam -se mutuamente acerca dos recursos interpostos na sequência da emissão, reconhecimento e execução de uma DEI.

7 — Se a impugnação do reconhecimento ou execução de uma DEI for procedente, essa decisão será tida em conta pela autoridade de emissão, de acordo com a lei nacional.

CAPÍTULO VIII Disposições finais e transitórias

Artigo 46.º

Disposições transitórias

1 — Os pedidos de auxílio judiciário mútuo de outros Estados membros recebidos antes da entrada em vigor da presente lei, não vinculados à Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à DEI em matéria penal, continuam a reger -se pelos instrumentos em vigor relativos ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

2 — Ao reconhecimento e execução de decisões de apreensão de elementos de prova emitidas por outros Estados membros e recebidas antes da entrada em vigor da presente lei aplica -se o disposto na Lei n.º 25/2009, de 5 de junho.

3 — O n.º 1 do artigo 14.º, aplica -se, com as necessárias adaptações, a uma DEI emitida na sequência de uma decisão tomada antes da entrada em vigor da presente lei, ao abrigo da Decisão -Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho de 2003, para os efeitos previstos no n.º 1 do artigo 44.º

4 — A partir da entrada em vigor da presente lei, os pedidos de auxílio judiciário mútuo em matéria penal são dirigidos aos Estados membros vinculados à Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 relativa à DEI em matéria penal de acordo com a presente lei, mesmo no caso de estes não a terem transposto.

5 — Os pedidos de auxílio recebidos dos Estados membros a que se refere o número anterior, a partir da mesma data, são executados em conformidade com o previsto no presente diploma.

Artigo 47.º

Direito subsidiário

Aos procedimentos a que se refere a presente lei aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Penal e o disposto noutras normas processuais da legislação nacional aplicáveis.

Artigo 48.º

Relação com outros instrumentos jurídicos, acordos ou convénios

A presente lei substitui, a partir da sua entrada em vigor, nas relações entre Portugal e os outros Estados membros vinculados à Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à DEI em matéria penal, as disposições correspondentes das seguintes convenções:

- a) Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, do Conselho da Europa, de 20 de abril de 1959, e os seus dois Protocolos Adicionais, bem como os acordos bilaterais celebrados nos termos do artigo 26.º dessa Convenção;
- b) Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 19 de junho de 1990;
- c) Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, de 29 de maio de 2000, e o respetivo Protocolo.

Artigo 49.º

Revogação

É revogada a Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, que estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho, no que respeita à execução das decisões de apreensão de elementos de prova.

Artigo 50.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Aprovada em 23 de junho de 2017.

O Presidente da Assembleia da República,
Eduardo Ferro Rodrigues.

Promulgada em 3 de agosto de 2017.

Publique -se.

O Presidente da República, MARCELO REBELO DE SOUSA.

Referendada em 7 de agosto de 2017.

O Primeiro -Ministro, *António Luís Santos da Costa.*

APPENDICE NORMATIVA: GERMANIA

Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)

IRG

Ausfertigungsdatum: 23.12.1982

Vollzitat:

"Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juni 1994 (BGBl. I S. 1537), das zuletzt durch Artikel 29 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist"

Stand: Neugefasst durch Bek. v. 27.6.1994 I 1537;
zuletzt geändert durch Art. 29 G v. 5.10.2021 I 4607

[...]

Abschnitt 2 Europäische Ermittlungsanordnung

§ 91a Grundsatz

(1) Nach diesem Abschnitt richtet sich die sonstige Rechtshilfe für einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Maßgabe der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (ABl. L 130 vom 1.5.2014, S. 1, L 143 vom 9.6.2015, S. 16) (Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung).

(2) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung auf

1. die Bildung von gemeinsamen Ermittlungsgruppen sowie auf die Erhebung von Beweismitteln innerhalb einer solchen Ermittlungsgruppe,
2. grenzüberschreitende Observationen und
3. Vernehmungen von Beschuldigten im Wege einer Telefonkonferenz.

(3) Die Sicherstellung von Beweismitteln für oder durch einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union richtet sich nach Absatz 1. Für die Sicherstellung von Vermögensgegenständen zum Zweck der Einziehung sind die §§ 94 bis 96 anzuwenden, soweit nicht die Verordnung Sicherstellung und Einziehung gilt.

(4) Die Vorschriften des Ersten, des Fünften bis Siebenten Teils dieses Gesetzes sowie die allgemeinen und besonderen Bestimmungen dieses Teils sind anzuwenden,

1. soweit dieser Abschnitt keine besonderen Regelungen enthält oder
2. wenn ein Ersuchen nicht nach Maßgabe der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung gestellt wurde.

§ 91b Voraussetzungen der Zulässigkeit

(1) Die Leistung der Rechtshilfe ist nicht zulässig,

1. wenn sie im Gesetz besonders bezeichnete Straftaten oder Straftaten von einer bestimmten Erheblichkeit voraussetzt und die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat diese Voraussetzung auch bei gegebenenfalls sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts nicht erfüllt oder

2. soweit

- a) Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte, insbesondere nach den §§ 52, 53 oder 55 der Strafprozessordnung, oder hierauf Bezug nehmende Vorschriften entgegenstehen oder

- b) eine der in § 77 Absatz 2 genannten Vorschriften oder die §§ 18 bis 20 des Gerichtsverfassungsgesetzes eingreifen.

APPENDICE NORMATIVA

(2) Ein Ersuchen in Steuer-, Abgaben-, Zoll- oder Währungsangelegenheiten ist auch zulässig, wenn das deutsche Recht keine gleichartigen Steuer-, Abgaben-, Zoll- oder Währungsbestimmungen enthält wie das Recht des ersuchenden Mitgliedstaates.

(3) § 73 Satz 2 gilt mit der Maßgabe, dass die Leistung der Rechtshilfe nicht zulässig ist, wenn berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Erledigung des Ersuchens mit den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar wäre.

(4) § 66 Absatz 2 Nummer 1 und § 67 Absatz 1 und 2 gelten mit der Maßgabe, dass die beiderseitige Strafbarkeit nicht zu prüfen ist, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates einer der in Anhang D der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung aufgeführten Deliktgruppen zugehörig ist und mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht ist.

(5) Ist die Leistung der Rechtshilfe nicht zulässig, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Die Unterrichtung erfolgt in einer Form, die einen schriftlichen Nachweis ermöglicht.

§ 91c Ergänzende Zulässigkeitsvoraussetzungen für besondere Formen der Rechtshilfe

(1) Eine audiovisuelle Vernehmung im Sinne von § 61c ist nicht zulässig, wenn die zu vernehmende Person der Vernehmung nicht zustimmt.

(2) Rechtshilfe darf nur geleistet werden, wenn außer den Voraussetzungen nach § 91b Absatz 1, Absatz 3 oder Absatz 4 die Voraussetzungen vorliegen, unter denen deutsche Gerichte oder Behörden nach § 59 Absatz 3 Rechtshilfe leisten bei

1. Ersuchen, die in einem Verfahren nach § 1 Absatz 2 gestellt werden, oder

2. Ersuchen um

a) Auskunft zu Konten, die bei einem Finanzinstitut im Sinne des Artikels 3 Nummer 2 der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 73) mit Sitz im Inland geführt werden,

b) Auskunft zu einzelnen Kontobewegungen oder zu sonstigen Geschäften, die im Zusammenhang mit einem Konto im Sinne von Buchstabe a getätigt werden oder

c) Ermittlungsmaßnahmen, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind, insbesondere Ersuchen um

aa) die Überwachung von einzelnen Kontobewegungen oder von sonstigen Geschäften, die über ein Konto bei einem Kreditinstitut im Sinne von § 1 Absatz 1 des Kreditwesengesetzes oder bei einem Finanzinstitut im Sinne von Buchstabe a getätigt werden,

bb) die Durchführung von kontrollierten Lieferungen,

cc) den Einsatz von verdeckten Ermittlern oder

dd) die Überwachung der Telekommunikation.

(3) § 62 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die vorübergehende Überstellung auch zu anderen als den dort genannten Ermittlungsmaßnahmen erfolgen kann. § 62 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, auch in Verbindung mit § 63 Absatz 4, findet keine Anwendung, wenn die betroffene Person in den räumlichen Geltungsbereich des ersuchenden Mitgliedstaates oder dieses Gesetzes überstellt wurde und diesen Geltungsbereich innerhalb von 15 aufeinander folgenden Tagen, nachdem ihre Anwesenheit von den dort jeweils zuständigen Stellen nicht mehr verlangt wird, nicht verlassen hat, obwohl sie dazu die Möglichkeit hatte, oder nach Verlassen in ihn zurückgekehrt ist.

(4) § 91b Absatz 5 gilt entsprechend.

§ 91d Unterlagen

(1) Die Leistung der Rechtshilfe ist nur zulässig, wenn der ersuchende Mitgliedstaat für sein Ersuchen das in Anhang A oder in Anhang C der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebene Formblatt in der jeweils gültigen Fassung verwendet, das

1. von einer justiziellen Stelle im Sinne von Artikel 2 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung ausgestellt wurde oder

2. von einer anderen als in Nummer 1 genannten Stelle, die der ersuchende Mitgliedstaat hierfür als zuständig bezeichnet hat, ausgestellt und durch eine Stelle gemäß Nummer 1 in Abschnitt L des Formblatts aus Anhang A der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung bestätigt wurde.

(2) Der Empfang eines Ersuchens nach Absatz 1 ist unverzüglich, spätestens aber binnen einer Woche nach seinem Eingang bei der zuständigen Stelle durch eine Mitteilung zu bestätigen, die dem in Anhang B der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebenen Formblatt in der jeweils gültigen Fassung entspricht. Ist ein Ersuchen bei einer nicht zuständigen Stelle eingegangen, ist es an die zuständige Stelle weiterzuleiten; die ersuchende Stelle ist über die Weiterleitung durch eine Mitteilung nach Satz 1 zu unterrichten.

(3) Ist ein Formblatt nach Absatz 1 unvollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefüllt und kann deshalb Rechtshilfe nicht geleistet werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Die Unterrichtung soll in einer Form erfolgen, die einen schriftlichen Nachweis ermöglicht.

§ 91e Bewilligung; Bewilligungshindernisse; Aufschub der Bewilligung

(1) Die Bewilligung der Rechtshilfe kann nur abgelehnt werden, wenn mindestens einer der folgenden Gründe vorliegt:

1. durch die Bewilligung würden wesentliche Sicherheitsinteressen des Bundes oder der Länder beeinträchtigt, Informationsquellen gefährdet oder eine Verwendung von Verschlusssachen über spezifische nachrichtendienstliche Tätigkeit erforderlich,

2. die verfolgte Person wurde wegen derselben Tat, die dem Ersuchen zugrunde liegt, bereits von einem anderen als dem ersuchenden Mitgliedstaat rechtskräftig abgeurteilt und im Fall der Verurteilung ist die Sanktion bereits vollstreckt worden, wird gerade vollstreckt oder kann nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden,

3. die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat

a) wurde außerhalb des Hoheitsgebiets des ersuchenden Mitgliedstaates und ganz oder teilweise im Inland oder in einem der in § 4 des Strafgesetzbuchs genannten Verkehrsmittel begangen und

b) ist nach deutschem Recht weder als Straftat mit Strafe noch als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bewehrt,

4. bei Ersuchen um eine vorübergehende Überstellung von Personen aus dem ersuchenden Mitgliedstaat für ein dort anhängiges Verfahren gemäß § 63 stimmt die inhaftierte Person nicht zu,

5. bei Ersuchen um den Einsatz von verdeckten Ermittlern kann mit dem ersuchenden Mitgliedstaat keine Einigung über die Dauer des Einsatzes, dessen genaue Voraussetzungen oder die Rechtsstellung der Ermittler erzielt werden.

(2) Die Bewilligung der Rechtshilfe kann aufgeschoben werden, soweit

1. sie laufende strafrechtliche Ermittlungen beeinträchtigen könnte oder

2. die Beweismittel, um die ersucht wird, bereits in einem anderen Verfahren verwendet werden.

(3) Entscheidungen betreffend die Bewilligung oder den Aufschub der Bewilligung sind zu begründen.

(4) Über Entscheidungen nach den Absätzen 1 oder 2 ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Bei Entscheidungen nach Absatz 2 sind die Gründe für den Aufschub anzugeben; die zu erwartende Dauer des Aufschubs soll angegeben werden. § 91b Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 91f Rückgriff auf andere Ermittlungsmaßnahmen

(1) Steht eine weniger einschneidende Ermittlungsmaßnahme als die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebene zur Verfügung, ist auf erstere zurückzugreifen, wenn mit dieser das gleiche Ergebnis erzielt werden kann wie mit der in dem Ersuchen angegebenen Ermittlungsmaßnahme.

(2) Auf eine andere als die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebene Ermittlungsmaßnahme ist zurückzugreifen, wenn die angegebene Ermittlungsmaßnahme

1. im deutschen Recht nicht vorgesehen ist oder

2. in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung stünde.

(3) Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind zu begründen.

- (4) Vor einem Rückgriff auf eine andere Ermittlungsmaßnahme nach den Absätzen 1 oder 2 ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. § 91b Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.
- (5) Gibt es im Fall von Absatz 2 keine andere Ermittlungsmaßnahme, mit der das gleiche Ergebnis erzielt werden kann wie mit der im Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegebenen Ermittlungsmaßnahme, ist der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich mitzuteilen, dass es nicht möglich war, die erbetene Unterstützung zu leisten. § 91b Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 91g Fristen

- (1) Über die Bewilligung der Rechtshilfe soll unverzüglich, spätestens aber 30 Tage nach Eingang des Ersuchens bei der zuständigen Stelle entschieden werden. Über die Bewilligung von Ersuchen um eine Sicherstellung von Beweismitteln soll unverzüglich und soweit möglich innerhalb von 24 Stunden nach Eingang des Ersuchens entschieden werden.
- (2) Wenn kein Grund für einen Aufschub nach § 91e Absatz 2 vorliegt oder die Beweismittel, um die ersucht wird, sich nicht bereits im behördlichen Besitz befinden, soll die Ermittlungsmaßnahme unverzüglich, spätestens aber 90 Tage nach Bewilligung durchgeführt werden.
- (3) Besonderen Wünschen der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates, die darin bestehen, dass kürzere als die in Absatz 1 oder Absatz 2 genannten Fristen einzuhalten oder dass die Ermittlungsmaßnahmen zu einem bestimmten Zeitpunkt durchzuführen sind, ist möglichst weitgehend zu entsprechen.
- (4) Können die Frist nach Absatz 1 Satz 1 oder besondere Wünsche nach Absatz 3 aus praktischen Gründen nicht eingehalten werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Dabei sind die Gründe und die voraussichtliche Dauer der Verzögerung anzugeben. § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend. Die Frist nach Absatz 1 Satz 1 kann um höchstens 30 Tage verlängert werden.
- (5) Kann die Frist nach Absatz 2 aus praktischen Gründen nicht eingehalten werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten. Dabei sind die Gründe für die Verzögerung anzugeben. § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend. Mit der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates ist der geeignete Zeitpunkt für die Durchführung der Ermittlungshandlung abzustimmen.
- (6) Sind Ersuchen auf eine grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs gerichtet, ohne dass für die Durchführung der Überwachung die technische Hilfe der Bundesrepublik Deutschland benötigt wird, und würde die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt, ist der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 96 Stunden nach Eingang des Ersuchens mitzuteilen, dass
1. die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und
 2. Erkenntnisse, die bereits gesammelt wurden, während sich die überwachte Person im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland befand, nicht oder nur unter Bedingungen verwendet werden dürfen; die Bedingungen und ihre Gründe sind mitzuteilen. § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 91h Erledigung des Ersuchens

- (1) Liegen die Voraussetzungen für die Leistung der Rechtshilfe vor, ist das Ersuchen nach § 91d Absatz 1 nach denselben Vorschriften auszuführen, die gelten würden, wenn das Ersuchen von einer deutschen Stelle gestellt worden wäre; dies gilt auch für Zwangsmaßnahmen, die bei der Erledigung des Ersuchens notwendig werden.
- (2) Soweit die Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung nicht etwas anderes bestimmt und wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung nicht entgegenstehen,
1. sind besondere Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften, die in dem Ersuchen nach § 91d Absatz 1 angegeben wurden, einzuhalten und
 2. ist Bitten um Teilnahme von Behörden des ersuchenden Mitgliedstaates an einer Amtshandlung zu entsprechen. Können besondere Formvorschriften oder Verfahrensvorschriften nach Satz 1 Nummer 1 nicht eingehalten werden oder kann Bitten nach Satz 1 Nummer 2 nicht entsprochen werden, ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich zu unterrichten; § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.
- (3) Audiovisuelle Vernehmungen gemäß § 61c werden unter der Leitung der zuständigen Stelle und auf der Grundlage des Rechts des ersuchenden Mitgliedstaates durchgeführt. Die zuständige deutsche Stelle nimmt an der Vernehmung teil, stellt die Identität der zu vernehmenden Person fest und achtet auf die Einhaltung der wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung. Beschuldigte sind bei Beginn der Vernehmung über die Rechte zu belehren, die ihnen nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates und nach

deutschem Verfahrensrecht zustehen. Zeugen und Sachverständige sind über die Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte zu belehren, die ihnen nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates und nach deutschem Verfahrensrecht zustehen.

(4) Absatz 3 Satz 1, 2 und 4 gilt entsprechend für die telefonische Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen.

§ 91i Rechtsbehelfe; Aufschub der Übermittlung von Beweismitteln

(1) Erfolgt eine Vorlage nach § 61 Absatz 1 Satz 1 oder wird ein Antrag nach § 61 Absatz 1 Satz 2 gestellt, überprüft das Oberlandesgericht auf Antrag auch Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 und nach § 91f Absatz 1 und 2. Wenn Entscheidungen nach § 91e Absatz 3 ermessensfehlerhaft sind, stellt das Gericht dies fest, hebt die Entscheidungen insoweit auf und reicht die Akten zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zurück; andernfalls stellt das Gericht fest, dass die Entscheidungen ermessensfehlerfrei sind.

(2) Die Übermittlung von Beweismitteln an den ersuchenden Mitgliedstaat kann ausgesetzt werden, bis über einen Rechtsbehelf entschieden worden ist, der eingelegt wurde

1. in dem ersuchenden Mitgliedstaat gegen den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung oder
2. im Geltungsbereich dieses Gesetzes.

(3) Über Rechtsbehelfe gemäß Absatz 2 Nummer 2 ist die zuständige Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates zu unterrichten; § 91d Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 91j Ausgehende Ersuchen

(1) Für ausgehende Ersuchen ist das in Anhang A oder in Anhang C der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung wiedergegebene Formblatt in der jeweils gültigen Fassung zu verwenden.

(2) Wird ein Ersuchen in einem Verfahren nach § 1 Absatz 2 von einer Verwaltungsbehörde gestellt, ist das Ersuchen vor der Übermittlung an den ersuchten Mitgliedstaat der Staatsanwaltschaft zur Bestätigung unter Abschnitt L des Formblattes aus Anhang A der Richtlinie Europäische Ermittlungsanordnung vorzulegen. Örtlich zuständig ist die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht, in dessen Bezirk die Verwaltungsbehörde ihren Sitz hat. Die Länder können die Zuständigkeit nach Satz 1 einem Gericht zuweisen oder die örtliche Zuständigkeit nach Satz 2 abweichend regeln.

(3) Die Bestätigung nach Absatz 2 erfolgt, nachdem die Staatsanwaltschaft oder das nach Absatz 2 Satz 3 bestimmte Gericht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Ersuchens vorliegen, insbesondere dass

1. das Ersuchen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht und
2. die in dem Ersuchen angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden könnte.

(4) Ist in einem Verfahren nach § 1 Absatz 2 die Anordnung einer Maßnahme dem Richter vorbehalten, kann die Bestätigung nach den Absätzen 2 und 3 auch durch das insoweit befasste Gericht erfolgen, wenn die Länder dies vorsehen.

(5) § 69 gilt mit der Maßgabe, dass die vorübergehende Überstellung auch zu anderen als den dort genannten Ermittlungsmaßnahmen erfolgen kann. § 62 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 findet in Verbindung mit § 69 Absatz 3 oder § 70 Satz 1 keine Anwendung, wenn die betroffene Person in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes oder des ersuchten Mitgliedstaates überstellt wurde und diesen Geltungsbereich innerhalb von 15 aufeinander folgenden Tagen, nachdem ihre Anwesenheit von den dort jeweils zuständigen Stellen nicht mehr verlangt wird, nicht verlassen hat, obwohl sie dazu die Möglichkeit hatte, oder nach Verlassen in ihn zurückgekehrt ist.