

ÁNGEL TINOCO PASTRANA<sup>1</sup>

Professore di Diritto processuale – Università di Siviglia

## L'ordine europeo di indagine penale

### *The European Investigation Order in Criminal Matters*

L'ordine europeo di indagine costituisce un nuovo strumento per l'acquisizione transnazionale della prova e degli atti investigativi, permettendo il loro trasferimento attraverso un titolo giudiziale unico. La Direttiva 2014/41/UE cerca di risolvere i problemi emersi in relazione ai preesistenti strumenti di riconoscimento reciproco in materia e, allo stesso tempo, pone fine al predominio della tradizionale assistenza giudiziaria implementando aspetti fondamentali di questa, come la preponderanza dell'utilizzo della *lex loci*. Ciò si ripercuote direttamente sull'applicazione concreta del principio di riconoscimento reciproco; tuttavia, il mancato ravvicinamento tra le legislazioni interne degli Stati dell'UE nel settore probatorio e l'attenzione privilegiata che la Direttiva riserva ai diritti fondamentali influiscono sull'applicazione effettiva di tale principio, tanto che si può affermare di aver ripensato e perfino ristretto il suo ambito operativo. Tutto ciò incide direttamente sul modello di cooperazione giudiziaria in materia penale introdotto dalla Direttiva.

*The European Investigation Order in criminal matters constitutes a new instrument of mutual recognition for the transnational acquisition of evidence. It allows both investigative acts and the acquisition of evidence and its subsequent transfer, through a unified judicial title. The Directive 2014/41/EU tries to solve the important problems of application and effectiveness of the previous mutual recognition instruments for obtaining the evidence, and at the same time putting an end to the prevalence of judicial assistance in this field in the EU. Nevertheless it implements certain foundations of the traditional judicial assistance as the preponderance of the *lex loci*. This has a direct impact on its specific application of the principle of mutual recognition. The lack of legislative approximation on evidentiary matters existing in the States of the EU and the priority accorded by the Directive to the protection of fundamental rights, also directly affect the application of this principle, in such a way that we can affirm that it may have been rethought and even restricted its application. All this has a direct impact on the model of judicial cooperation in criminal matters introduced by Directive.*

#### INTRODUZIONE

L'ordine europeo di indagine (OEI) costituisce uno strumento di riconoscimento reciproco, istituito dalla Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 (D. OEI), il cui termine di recepimento scade il 22 maggio 2017.

La Direttiva introduce un titolo giudiziale unico (e "unificato") per l'acquisizione delle prove, così come è accaduto con il primo strumento di riconoscimento reciproco, vale a dire l'arresto e la consegna di persone (mandato d'arresto europeo, MAE), che ha costituito una tappa fondamentale nella lotta contro la delinquenza transnazionale e la criminalità organizzata. L'OEI dovrebbe rappresentare un importante passo avanti nell'acquisizione della prova negli Stati dell'Unione europea e, pertanto, nella lotta contro la delinquenza transnazionale. Gli strumenti di riconoscimento reciproco fino ad oggi utilizzati per l'acquisizione della prova hanno fatto conseguire risultati deludenti, coesistendo con i tradizionali procedimenti di assistenza giudiziaria.

La Direttiva è stata adottata proprio per risolvere questa situazione. Possiede un ampio spettro di

<sup>1</sup>Questo studio è stato realizzato nel quadro del progetto di ricerca "Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal", Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-71418-P (MINECO/FEDER)) e della "Red de Excelencia" sugli "Los actuales desafíos del Derecho Internacional", del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

applicazione, includendo gli atti di indagine, l'acquisizione delle prove, il loro trasferimento nello Stato richiedente, ed ha finalità sia investigativa che cautelare. Costituisce, pertanto, un ambizioso strumento che riconduce ad unità la frammentaria disciplina preesistente<sup>2</sup>. Il provvedimento europeo, inoltre, ha un'applicazione più estesa rispetto ad altri accordi in materia di acquisizione della prova, in quanto le garanzie e gli obiettivi in esso contenuti devono essere rispettati sia negli accordi bilaterali o multilaterali già esistenti tra gli Stati membri, che in quelli che potranno essere conclusi in futuro: sostanzialmente, esso introduce un quadro generale di riferimento per tutti gli Stati membri, che saranno tenuti a rispettare tutti i principi in essa contenuti in tema di acquisizione transnazionale della prova nell'UE.

Il "Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini" – sottolineò la necessità di un sistema unico, globale, di acquisizione delle prove nei procedimenti per i reati aventi dimensione transfrontaliera. In tale prospettiva il Consiglio Europeo ha adottato la Direttiva in commento, ritenendo che gli strumenti a disposizione costituissero un sistema frammentario e che fosse, quindi, necessaria una nuova impostazione che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco<sup>3</sup>, tenesse conto della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria<sup>4</sup>. È così che il provvedimento in esame ha fornito una nuova interpretazione di tale principio – considerato "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria, consentendo un riconoscimento automatico dei provvedimenti emanati dagli Stati membri all'interno dell'UE senza necessità di passaggi intermedi, in forza dell'alto livello di fiducia intercorrente tra gli Stati (Capitoli 3/5, Titolo V del Trattato sul Funzionamento della UE (TFUE)) – attribuendo maggior importanza alla *lex loci* e dando priorità alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Probabilmente, la materia in cui si percepiranno meno gli effetti della Direttiva sarà quella delle indagini concernenti i conti correnti e le operazioni bancarie e finanziarie, considerato l'attuale contesto economico e la priorità che oggi viene assegnata alla lotta contro la frode e il riciclaggio, che molto spesso assume le forme della criminalità organizzata transnazionale.

Si deve tener conto, inoltre, che lo *ius puniendi* continua ad essere una parte irrinunciabile della sovranità degli Stati e che successivamente al Trattato di Lisbona si è optato per l'"approssimazione" delle legislazioni interne in luogo dell'"armonizzazione" (artt. 67, 81 e 82 TFUE): questo si traduce nell'ammissione reciproca delle prove, non costituendo la Direttiva uno strumento di approssimazione legislativa<sup>5</sup>. Per altro verso, tenendo in considerazione l'esperienza passata (soprattutto il MAE), si introducono principi come quello della "necessità" e della "proporzionalità".

Il "Programma Giustizia 2014-2020", che ha sostituito il Programma di Stoccolma, sembrerebbe prestare maggiore attenzione – in considerazione delle rilevanti conseguenze economiche che determinano – ad altre forme di criminalità, quali il narcotraffico ed il consumo di sostanze stupefacenti. Grande importanza è data anche alla formazione dei giudici e dei professionisti al servizio dell'Amministrazione della giustizia, riconoscendo così, a questi temi, attenzione maggiore rispetto a quelli che costituivano gli obiettivi del Programma di Stoccolma, riguardanti lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giu-

<sup>2</sup> Il mandato europeo di ricerca delle prove (Decisione quadro 2008/978/GAI), è applicabile solo a prove già esistenti. Il sequestro probatorio (Decisione quadro 2003/577/GAI), il quale possiede una finalità cautelare, è stato applicato raramente nella pratica; non permette il trasferimento della fonte di prova per cui è necessaria una richiesta di assistenza giudiziaria, di modo che il procedimento è diviso in due fasi. La Direttiva sostituisce quest'ultima Decisione quadro per quanto riguarda il sequestro probatorio (i relativi inconvenienti rimangono rispetto al blocco dei beni) e sostituisce anche la DQ 2008/978/JAI (benché questa sia stata già abrogata dal Regolamento (UE) 2016/95, del 20 gennaio 2016). Inoltre la Direttiva sostituisce le corrispondenti disposizioni di altri strumenti convenzionali applicabili tra gli Stati membri vincolati dalla Direttiva, in particolare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE e relativo protocollo.

<sup>3</sup> Sul Consiglio Europeo del 2009 dove si adotta il Programma di Stoccolma, che delinea il nuovo quadro di riferimento nell'UE per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, v. il considerando 6 Direttiva.

<sup>4</sup> M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.* 2014, pp. 3-6. Nell'acquisizione transnazionale della prova i tre obiettivi principali sono: il miglior accertamento dei fatti; la tutela dei diritti fondamentali; l'efficienza processuale. Per questo, ai fini della cooperazione giudiziale, rimane solo una via: il predominio della *lex loci* o quello della *lex fori*. La soluzione tradizionale è stata la prima. La Direttiva non è estranea alle resistenze degli Stati a rinunciare alle proprie regole e garanzie nell'acquisizione della prova.

<sup>5</sup> In questo senso, M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, in M. Jimeno Bulnes (a cura di), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2016, p. 158.

stizia. In via generale si può affermare che la preoccupazione nei confronti del terrorismo all'interno dell'UE (e che ha spinto gli Stati alla creazione dei primi strumenti di mutuo riconoscimento come il MAE), cifra degli interventi normativi passati, è stata oggi in gran parte sostituita dall'attenzione alla crisi finanziaria<sup>6</sup>. La Direttiva costituisce uno degli ultimi strumenti emanati in attuazione del Programma di Stoccolma e si inserisce in tale nuovo contesto, come emerge dal trattamento riservato alle informazioni sui conti correnti, alle operazioni bancarie e finanziarie e al sequestro probatorio. Altri provvedimenti coevi – (come la Direttiva 2014/42/UE, concernente la confisca dei prodotti e dei proventi del reato) o successivi (quale la Direttiva 2015/849/UE, che ha come obiettivo principale la prevenzione dei reati di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo) – evidenziano la preoccupazione dell'UE riguardo alla stabilità del sistema finanziario. La stessa Procura Europea, prevista dal TFUE, che si istituirà a partire da EUROJUST, basata su una strategia di integrazione verticale<sup>7</sup>, è stata concepita per la protezione degli interessi finanziari dell'UE (art. 86, comma 1, TFUE). Contestualizzare gli strumenti in funzione delle priorità dell'UE non deve ritenersi una banalità, considerato che ciò incide direttamente sia sullo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco.

Nonostante non abbia ancora dato formale attuazione alla Direttiva<sup>8</sup>, l'ordinamento spagnolo si è già parzialmente adeguato ai suoi contenuti. La *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE* (LRM<sup>9</sup>), emanata il 20 novembre del 2014, abroga infatti la totalità delle norme precedenti in materia di adeguamento degli strumenti di riconoscimento reciproco, introducendo uno "schema", grazie al quale sarà più agevole effettuare l'adeguamento degli ordinamenti interni con quanto previsto dalle future Direttive. Nonostante ciò, per l'attuazione della Direttiva saranno necessari altri interventi normativi, considerato che la legge *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (c.d. *LECRIM*) risale al 1882 e le lacune in materia di atti di indagine effettuati secondo i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza, in particolare quella del *Tribunal Supremo* (TS).

Per questo la recente riforma della *LECRIM* attraverso la LO 13/2015 "para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica", emanata il 5 ottobre 2015, ha introdotto una regolamentazione completa e innovativa degli atti di indagine di carattere tecnologico, risolvendo così quei problemi di applicazione e interpretazione causati dall'assenza di una disciplina della materia<sup>10</sup>.

In gran parte tale riforma sembra essere volta a facilitare un'applicazione futura della Direttiva, nonostante all'interno della legge del 2015 non vi sia una previsione che invece avrebbe dovuto ivi trovare luogo, in ragione della indicazione contenuta nell'art. 36 della Direttiva. In ogni caso, l'introduzione di tale strumento ha avuto una conseguenza decisamente positiva nell'ordinamento spagnolo, avendo re-

<sup>6</sup> Cfr. A. Tinoco Pastrana, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, in *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2016, p. 442.

<sup>7</sup> 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 *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 4211-4212, 4224. Tanto la Procura Europea come gli strumenti contenuti nella Direttiva, costituiscono ambiziosi tentativi elaborati con l'obiettivo di semplificare ed accelerare le investigazioni penali transnazionali e favorire lo sviluppo più efficace del sistema di acquisizione transnazionale della prova.

<sup>8</sup> Tuttavia la Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'UE, strumento coevo alla Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, è stata attuata nell'ordinamento spagnolo. Precisamente con la *Ley 41/2015 del 5 ottobre*, che ha creato le "procedure di confisca autonoma" (artt. 803 ter a-803 ter u *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, c.d. *LECRIM*). Anche l'ordinamento italiano si è conformato recentemente a questa Direttiva con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

<sup>9</sup> Sulla LRM, A. Tinoco Pastrana, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la UE. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2015, p. 126. Sono applicabili a tutti gli strumenti il Titolo Preliminare (artt. 1-6) ed il Titolo I sul regime generale della trasmissione, riconoscimento ed esecuzione degli strumenti (artt. 7-23).

<sup>10</sup> Sono specificamente disciplinate le intercettazioni delle telecomunicazioni, la registrazione delle comunicazioni orali mediante dispositivi elettronici, l'uso di dispositivi tecnici di monitoraggio, di localizzazione, di captazione di immagini, il registro dei dispositivi di archiviazione delle informazioni e il registro remoto dell'attrezzatura informatica. È ragionevole ritenere che – diversamente da quanto avveniva in passato – l'attuale disciplina spagnola è molto moderna rispetto a quella di altri paesi dell'Unione Europea. Gli atti investigativi sopra indicati, in passato, si realizzavano fondamentalmente in applicazione del vecchio articolo 579 *LECRIM* come interpretato dalla giurisprudenza. Tale situazione aveva comportato la condanna da parte della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) per violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Dopo la LO 13/2015 questi atti di indagine sono disciplinati in molteplici disposizioni (artt. 579-588 *octies LECRIM*).

golato atti di indagine che sono all'avanguardia nelle investigazioni penali e che godono di un'importanza fondamentale nella lotta contro la criminalità transnazionale. Allo stesso modo, la Direttiva si occupa di specifici atti di indagine come, ad esempio, le intercettazioni di comunicazioni.

La Direttiva stabilisce un controllo da parte della Commissione<sup>11</sup> delle disposizioni adottate dagli Stati per il suo corretto recepimento<sup>12</sup>. Per questo, solo a seguito dell'attuazione della Direttiva e del controllo della Commissione, si potrà capire se la nuova interpretazione del principio di riconoscimento reciproco (nonché le altre novità che verranno evidenziate nel proseguo del lavoro) avrà effettivamente carattere di stabilità.

## NOZIONE, AMBITO OPERATIVO ED EMISSIONE DELL'OEI

L'OEI costituisce un provvedimento giudiziario emesso o convalidato<sup>13</sup> da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro per effettuare uno o più atti di indagine<sup>14</sup> in un altro Stato membro, con la finalità di ottenere una prova. Allo stesso modo potrà essere emanato per ottenere una prova che è già in possesso delle autorità dello Stato di esecuzione. Tale strumento dovrebbe avere portata orizzontale per l'ottenimento degli atti di indagine finalizzati all'acquisizione probatoria, salvo che per quanto riguarda la creazione della squadra investigativa comune e per l'acquisizione probatoria di dette squadre<sup>15</sup>. Non solo comprende gli atti di indagine, ma anche le richieste di applicazione di misure cautelari<sup>16</sup> volte ad assicurare la conservazione della prova<sup>17</sup>. In conformità con il diritto di difesa è possibile che anche l'indagato o l'imputato, direttamente o tramite il suo avvocato<sup>18</sup>, possa richiedere l'OEI, trattandosi di uno strumento che non è riservato esclusivamente all'autorità incaricata di svolgere le indagini<sup>19</sup> (ov-

<sup>11</sup> La Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della Direttiva, valutando il suo impatto sulla cooperazione penale, la protezione delle persone, l'esecuzione delle disposizioni riguardanti l'intercettazione delle telecomunicazioni alla luce degli sviluppi tecnici. Questa relazione dovrà essere presentata entro il 21 maggio 2019 (art. 37 D. OEI).

<sup>12</sup> Il rispetto degli obblighi che la Direttiva impone agli Stati può essere sottoposto al controllo della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) attraverso il ricorso per inadempimento che può proporre la Commissione (artt. 258 e 260, comma 3, TFUE). Se tale procedura ha esito positivo, può derivarne il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità a carico dello Stato. Comunque, anche qualora la Direttiva non fosse recepita, si potrà invocare la sua applicazione per qualunque Stato membro dalla data di recepimento della presente Direttiva.

<sup>13</sup> La convalida è prevista quando un'autorità "competente" per l'investigazione distinta da quella giudiziaria, per esempio la polizia giudiziaria, ordini l'ottenimento di prove. In questo caso l'OEI dovrà sempre essere convalidato dall'autorità giudiziaria (art. 2, lett. c), ii D. OEI).

<sup>14</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 169-171, sottolinea che la Direttiva (art. 2) non contiene una definizione chiara di cosa debba considerarsi "atto di indagine" e si mostra critica con la possibilità che una autorità distinta dal giudice o dal *Fiscal*, come per esempio la polizia o l'autorità amministrativa, possa sollecitare un atto investigativo.

<sup>15</sup> Questa eccezione dell'art. 3 della Direttiva si effettua perché questo tipo di atti richiede un trattamento specifico che si regola meglio in separata sede (considerando 8 D. OEI). Cfr. A. Tinoco Pastrana: *La lucha contra el terrorismo*, cit., pp. 451, 542. Le squadre investigative hanno avuto scarso successo nella pratica: gli Stati le hanno utilizzate molto poco e fondamentalmente le hanno costituite attraverso accordi bilaterali e non in applicazione della Decisione quadro 2002/465/GAI.

<sup>16</sup> Le misure cautelari sono previste nella Sezione H3 dell'Allegato A alla Direttiva. L'autorità di esecuzione deciderà sulle misure cautelari quanto prima e, se possibile, entro 24 ore dalla ricezione dell'OEI (art. 32, comma 2, D. OEI). Le misure cautelari che colpiscono i proventi finanziari possono avere tanto la finalità di ottenere prove come il successivo sequestro di essi, essendo difficile separare le due finalità. Per ciò si prevede una applicazione concreta dei diversi strumenti che si applichino in questo ambito (considerando 34 D. OEI). M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., p. 190, ritiene che le misure di investigazione la cui finalità consista nell'impedire, in funzione cautelare, la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove, non costituiscono in realtà autentiche misure cautelari, bensì atti investigativi con finalità cautelare.

<sup>17</sup> Cfr. A. Tinoco Pastrana, *El embargo preventivo*, cit., pp. 127-129.

<sup>18</sup> 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, p. 3. Questa possibilità costituisce una novità rispetto agli strumenti di cooperazione preesistenti. In questo senso anche R. Belfiore (*Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3294-3295), il quale osserva che, dipendendo dall'iniziativa dell'indiziato, dell'imputato o del difensore, questa possibilità è qualcosa di più simbolico che reale, dato che questi soggetti non hanno nessun diritto di partecipazione nell'esecuzione dell'OEI.

<sup>19</sup> Ciò si effettuerà conformemente alla regolamentazione del diritto di difesa degli ordinamenti interni. Presenta una speciale utilità per sistemi come quello italiano, che, a differenza di quello spagnolo, ha espressamente regolato l'*indagine defensiva*, oltre che per altri ordinamenti, in cui, per influenza dell'*adversary system* del *Common Law*, possono essere presenti istituzioni simili alla *discovery*.



viamente tale richiesta deve poi essere accettata dall'autorità competente all'emissione del provvedimento). Peraltro, nell'ordinamento spagnolo il pubblico ministero (*Fiscal*) non ha il monopolio dell'esercizio dell'azione penale, considerato che questa può essere esercitata dalla vittima (*acusación particular*) o addirittura da un cittadino qualsiasi allorché si tratti di reati aventi ad oggetto beni di interesse pubblico (*acusación popular*). Per questo è possibile che esistano altre parti "accusatrici", differenti dal *Fiscal*, che possono richiedere l'OEI all'autorità giudiziaria competente.

Si è osservato che la Direttiva non implica né l'unificazione né l'approssimazione delle legislazioni interne<sup>20</sup>: da questo punto di vista essa risulta carente di contenuto innovativo, riproducendo sostanzialmente soluzioni già esistenti. Tuttavia, la sua applicazione potrà avere maggiore efficacia nella disciplina probatoria prevista da ciascun ordinamento, grazie all'introduzione di principi il cui contenuto sarà determinato caso per caso dalla giurisprudenza, producendosi in tal modo, peraltro, una progressiva "erosione" della competenza del legislatore interno in materia penale<sup>21</sup>.

L'OEI può essere emessa in qualsiasi fase del procedimento penale, anche in fase dibattimentale<sup>22</sup>, in relazione ad un procedimento penale che può essere promosso, nonché, ancora, in procedimenti di altra natura nel caso in cui l'illecito penale commesso nello Stato di emissione può dare luogo ad un successivo processo penale. Inoltre, nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato per un illecito, l'OEI può essere emesso allorché la decisione finale di tale procedimento può comportare l'apertura di un processo penale<sup>23</sup>. Tale disciplina riguarda tanto le persone fisiche che quelle giuridiche così come regolamentate dall'ordinamento dello Stato di emissione<sup>24</sup>. Tale previsione si ricollega alla rilevanza attribuita al procedimento amministrativo di carattere sanzionatorio e che verrà applicato in particolare nei procedimenti avviati per frode tributaria che implicino l'apertura di un processo per reati fiscali, conformemente alle preoccupazioni in merito della UE.

Per l'emissione dell'OEI l'autorità di emissione deve compilare e firmare il modulo figurante nell'Allegato A della Direttiva. Sotto questo profilo, dunque, si semplifica il procedimento, non essendo previsto che si emetta prima il provvedimento e poi il relativo certificato, come avveniva con i precedenti strumenti che non hanno riscontrato successo nella pratica. Considerato che l'OEI permette tanto la localizzazione che il sequestro e il trasferimento della prova, si può affermare che esso determina un passo avanti al pari di quanto era avvenuto a suo tempo con il MAE.

L'OEI dovrà contenere i dati dell'autorità che la emette o convalida, l'oggetto, i motivi della sua emissione, le informazioni necessarie delle persone coinvolte, la descrizione della condotta delittuosa oggetto dell'indagine o del processo, la normativa penale applicabile nello Stato di emissione, la descrizione dell'atto o degli atti di indagine richiesti e le prove che si intendono ottenere. L'autorità competente dello Stato di emissione tradurrà l'OEI nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione o in altra lingua che sia indicata<sup>25</sup>.

Per salvaguardare i diritti fondamentali, l'OEI deve rispettare i principi di necessità e proporzione in relazione alla finalità del procedimento e, allo stesso tempo, tener conto dei diritti dell'indagato o imputato. Inoltre, per evitare che l'ottenimento della prova in un altro Stato si trasformi in un modo per eludere l'applicazione della normativa interna<sup>26</sup>, l'atto o gli atti di indagine richiesti potranno essere assunti

<sup>20</sup> Come pensa F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: I rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4227, la futura Procura europea dovrebbe costituire un autentico strumento di superamento dei meccanismi di cooperazione orizzontale.

<sup>21</sup> In questo senso, M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2.

<sup>22</sup> C. Rodríguez-Medel Nieto, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Cizur Menor, 2016, p. 310. Questo principio di applicabilità dell'OEI a qualunque fase del procedimento dovrebbe essere compreso nell'articolato e non solo nel considerando 25, dato che potrebbe passare inosservato.

<sup>23</sup> Nei procedimenti amministrativi e in altri processi giudiziari, è prevista come causa di rifiuto che l'atto di indagine sollecitato non fosse autorizzato nell'ordinamento dello Stato di esecuzione per un caso interno simile (art. 11, comma 1, lett.c) D. OEI).

<sup>24</sup> Ciò si regola nell'art. 4 Direttiva. Questa previsione permette la diversità tra le legislazioni interne, esigendosi solo la conformità con l'ordinamento dello Stato di emissione.

<sup>25</sup> L'art. 5 Direttiva adotta un sistema simile a quello degli altri strumenti di riconoscimento reciproco per quanto riguarda la traduzione.

<sup>26</sup> V. L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3.

alle medesime condizioni in cui verrebbero assunti in un procedimento interno. Tutto ciò verrà valutato tanto dall'autorità di emissione che da quella di esecuzione<sup>27</sup>, che potrà consultarsi con la prima se ritiene che la richiesta non sia completa, esattamente come potrà decidere di ritirarla (art. 6 D. OEI).

Il requisito della proporzionalità è stato introdotto in ragione della precedente esperienza con lo strumento del MAE, poiché alcuni Stati avevano utilizzato tale strumento per delitti minori. Per verificare la sussistenza dei requisiti bisogna tenere conto della giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE<sup>28</sup>. La proporzionalità in parte risulta implicita nella verifica della legalità effettuata dall'autorità di emissione; tuttavia non pare corrispondere all'obiettivo che dovrebbe perseguire, visto che in alcuni Stati può avere un'influenza decisiva l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. La possibilità che l'autorità di esecuzione possa consultare quella di emissione in caso di dubbi sulla proporzionalità e sulla legalità e che, in tal caso, possa essere ritirata l'OEI, sembra introdurre un motivo autonomo di rifiuto. Ciò risulterebbe incompatibile con lo spirito della cooperazione giudiziale e con il principio di riconoscimento reciproco, il quale è stato riconosciuto sia dalla Commissione che dal Consiglio. Non sarebbe opportuna una tanto ampia discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione nella valutazione di ciò che compete a quella di emissione, essendo piuttosto auspicabile che esistano criteri comuni, similmente a quanto accade con il MAE<sup>29</sup>.

La proporzionalità – requisito che ha suscitato maggiori dibattiti – si è introdotto perché non in tutti gli Stati la fase di istruzione prevede lo stesso tipo di controllo giudiziale e anzi, in alcuni, gli atti di investigazione vengono ordinati e svolti dalla polizia. La proporzionalità dovrebbe tenere conto della gravità del delitto, della necessità della prova, dell'inesistenza di altre misure meno lesive, delle conseguenze per le persone implicate e dei fini del processo. Ancora dovrà tener conto del costo dell'esecuzione della misura, malgrado ciò differisca dalle pronunce della Corte EDU. La consultazione da parte dell'autorità di esecuzione e la possibilità che l'OEI venga rifiutato o sostituito sembrerebbe perseguire la finalità di evitare l'assunzione di costi elevati<sup>30</sup>.

L'OEI potrà essere trasmesso con qualsiasi mezzo che assicuri di conservare una traccia scritta e che permetta allo Stato di esecuzione di verificare la sua autenticità. Tutte le comunicazioni ufficiali ulteriori si effettueranno direttamente tra l'autorità di emissione e quella di esecuzione, anche se ciascuno Stato membro potrà designare un'autorità centrale per la trasmissione e la ricezione dell'OEI e di ogni comunicazione. Per la trasmissione dell'OEI si potrà utilizzare il sistema delle telecomunicazioni della Rete Giudiziaria Europea (RGE) potendosi ottenere allo stesso modo la collaborazione delle altre reti di collaborazione esistenti e di EUROJUST (artt. 8 e 9 LRM). Se l'autorità che riceve l'OEI non è l'autorità competente, dovrà essere trasmessa d'ufficio a quella competente e tutto ciò dovrà essere notificato a quella di emissione. Si ritiene inoltre che, nel caso in cui vi siano difficoltà relative alla trasmissione o all'autenticità di un documento (art. 7 D. OEI) o se sia necessario aggiungere i dati relativi all'oggetto o alle prove o, ancora, individuare a quale Stato si rivolge l'OEI, si potrà utilizzare anche il Sistema di Informazione Schengen (SIS II). Tutte le difficoltà che possono sorgere rispetto all'esecuzione dell'OEI si risolveranno attraverso i contatti diretti tra le autorità di emissione e di esecuzione interessate e, eventualmente, con l'intervento delle autorità centrali degli Stati membri. È possibile, inoltre, che venga emesso un OEI che completi uno già emesso precedentemente, che dovrà avere gli stessi requisiti presenti nella OEI originaria<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 173, 174, sottolinea l'importanza della cooperazione giudiziale tra le autorità di emissione ed esecuzione, la necessità di "coordinazione giurisdizionale" e che in questo binomio quella di esecuzione costituisce il vero canale procedurale dell'OEI.

<sup>28</sup> M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 10-13. La CGUE conferma gli standard di tutela di diritti come il rispetto alla vita privata e la protezione di dati stabiliti per la CEDU. La CGUE nella causa Kadi (sistema *black list*), propugnò la proporzionalità nella restrizione del diritto di difesa ed il diritto alla tutela giurisdizionale. In materia di cooperazione giudiziale la CGUE possiede una speciale sensibilità per preservare il Diritto dell'UE, considerando che non sempre è giustificata la restrizione dei principi di equivalenza e proporzionalità. Ma la CGUE non ha dato sempre priorità a questi principi, privilegiando nel MAE gli obiettivi della consegna della persona e rinunciando al grado più alto di protezione dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione, come si evidenziò nella causa *Melloni y Radu*.

<sup>29</sup> Rispetto ai requisiti di necessità e proporzionalità e l'esperienza del MAE, R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 3293, 3294 e 3296.

<sup>30</sup> Sulla proporzionalità e la consultazione allo Stato di emissione, L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, in *Revista General de Derecho europeo*, 2015, pp. 15-19.

<sup>31</sup> In quanto all'OEI che completa la precedente, art. 8, Sezione D, Allegato A Direttiva.

## RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELL'OEI

L'autorità dello Stato di esecuzione confermerà la ricezione compilando ed inviando l'Allegato B della Direttiva entro una settimana dalla data della ricezione<sup>32</sup>; stessa cosa dovrà essere effettuata dall'autorità centrale nel caso in cui questa sia stata nominata. Se l'OEI viene ricevuta da un'autorità non competente, tanto questa, come quella competente (a cui la prima deve inoltrare la richiesta che non era competente a ricevere) dovranno confermare la ricezione ed inviare l'Allegato B. L'autorità di esecuzione informerà immediatamente quella di emissione se non le è possibile adottare un provvedimento perché l'Allegato A è incompleto o non è corretto; se è necessario realizzare altre indagini o atti d'indagine non previsti inizialmente o che non siano potute essere inseriti al momento dell'emissione dell'OEI, in modo tale che l'autorità di emissione adotti i nuovi provvedimenti. Infine, informerà dell'impossibilità di adottare un provvedimento nel caso in cui constati che non possa garantire le formalità e i procedimenti che espressamente sono stati indicati dall'autorità di emissione. In ogni caso l'autorità di esecuzione informerà quella di emissione immediatamente di tutte le decisioni relative al ricorso ad atti di indagine differenti, ai motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione e delle ragioni sottese a tutti i provvedimenti che adotta riguardo il rinvio dell'esecuzione e la previsione della durata (art. 16 D. OEI). Allo stesso modo consulterà l'autorità di emissione riguardo i costi, la ripartizione delle spese, nonché la modifica dell'OEI, se considera i costi esageratamente elevati, considerato che generalmente lo Stato di esecuzione si assumerà le spese che vengono sostenute nel proprio territorio. Qualora non dovesse raggiungersi un accordo, l'autorità di emissione potrà decidere di ritirare completamente o parzialmente l'OEI (art. 21 D. OEI).

Per quanto riguarda i tempi per il riconoscimento o l'esecuzione, il provvedimento sarà adottato con la stessa celerità e priorità che si avrebbe nel caso in cui riguardasse un caso interno simile e, comunque, entro i limiti temporali previsti nell'art. 12 della Direttiva. Se l'autorità di emissione aveva indicato come necessario un termine più breve di quello stabilito nella Direttiva<sup>33</sup> o che gli atti di indagine avrebbero dovuto essere effettuati entro una data precisa, l'autorità di esecuzione ne terrà conto, nella misura in cui questo sarà possibile. Il provvedimento di riconoscimento o di esecuzione dovrà essere adottato il prima possibile e, comunque, non oltre 30 giorni dal ricevimento dell'OEI<sup>34</sup>. Salvo che esista un motivo di rinvio o che la prova sia già in possesso dello Stato di esecuzione, l'autorità porterà a compimento l'atto senza ritardo e, al massimo entro e non oltre 90 giorni dall'adozione del provvedimento. Se l'autorità di esecuzione non fosse in grado di rispettare il termine di 30 giorni per l'adozione della risoluzione o la determinazione della data concreta, informerà senza ritardo l'autorità dello Stato di emissione, spiegando le ragioni e comunicando il tempo stimato di cui ha bisogno. In tal caso il termine potrà essere prorogato per un massimo di 30 giorni. È possibile, inoltre, che l'autorità di esecuzione non possa rispettare il termine massimo di 90 giorni per compiere l'atto di indagine; in questo caso dovrà informare senza ritardo l'autorità di emissione rendendo note le ragioni e consultandosi con questa per una nuova determinazione di un termine.

Il riconoscimento o l'esecuzione potranno essere rinviati nel caso in cui l'esecuzione pregiudichi un'indagine o un procedimento penale in corso, nonché qualora gli oggetti, documenti o dati in questione siano utilizzati in un altro procedimento. Una volta cessati tali motivi ostativi, l'autorità di esecuzione dovrà adottare immediatamente gli atti necessari all'esecuzione dell'OEI, informandone l'autorità di emissione (art. 15 D. OEI).

L'autorità di esecuzione dovrà riconoscere l'OEI ricevuto senza ulteriori formalità e darne esecuzione con le stesse forme che l'atto di indagine avrebbe avuto nel caso in cui fosse stato ordinato da un'autorità

<sup>32</sup>C. Rodríguez-Medel Nieto, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., pp. 406-407. Costituisce un importante risultato avere standardizzato un formulario per l'avviso di ricezione, il quale non esiste per altri strumenti di mutuo riconoscimento.

<sup>33</sup>E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, Valencia, 2016, p. 62. Ciò si basa sul rischio di occultamento o distruzione di prove, sulla data imminente del giudizio o altre motivazioni. Non si tratta di un provvedimento provvisorio, bensì dell'applicazione del principio di necessità insito nella valutazione di proporzionalità.

<sup>34</sup>Nonostante ciò, nell'ipotesi specifica di intercettazioni di telecomunicazioni senza l'assistenza tecnica dello Stato dove si senta un indagato, in cui si usa l'Allegato C, il termine per notificare che l'intervento non si realizzerebbe in un caso interno simile diminuisce a 96 ore, essendo questo l'unico motivo di rifiuto che si contempla (art. 30 D. OEI). L'intervento sarà effettuato dallo Stato che emette l'Allegato C, ed è prevista solo la notificazione all'altro Stato. Pensiamo pertanto che l'intervento possa realizzarsi immediatamente ad opera del primo Stato a partire dal momento in cui avviene la notificazione.

interna, in forza del principio di riconoscimento reciproco. L'esecuzione dovrà essere effettuata con le formalità e con i procedimenti espressamente indicati dall'autorità di emissione<sup>35</sup>, salvo che la Direttiva non stabilisca il contrario e sempre che tali formalità e procedimenti non siano contrari ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione (il che rivela ancora una volta il predominio della *lex loci*). Uno dei maggiori inconvenienti che possono scaturire dall'applicazione del principio del riconoscimento reciproco nell'ambito probatorio si incontra nella fase di ammissione della prova. La mancanza di approssimazione legislativa nell'UE in questa materia e, quindi, nella determinazione dell'illiceità della prova, ostacola la libera circolazione della prova<sup>36</sup> essendo necessaria detta approssimazione perché l'OEI sia uno strumento efficace<sup>37</sup>.

L'OEI sarà restituito allo Stato di emissione se carente delle informazioni necessarie riguardo la persona o le persone coinvolte. Per altro verso, è possibile che l'autorità d'emissione richieda che una o più delle proprie autorità assistano all'esecuzione dell'OEI<sup>38</sup>, sempre che le stesse siano autorizzate per l'esecuzione degli atti di investigazione richiesti in caso di medesima vicenda interna. L'autorità di esecuzione accetterà tali richieste, nella misura in cui esse non siano in contrasto con i principi fondamentali dello Stato e se non pregiudichino gli interessi di sicurezza nazionale. Le autorità dello Stato di emissione si rimetteranno al diritto dello Stato di esecuzione e non potranno esercitare alcun potere coercitivo, a meno che tale potere sia conforme al diritto interno dello Stato di esecuzione e sempre che rispetti l'accordo tra autorità di emissione ed esecuzione. Infine, le autorità di emissione ed esecuzione potranno consultarsi reciprocamente per facilitare la corretta esecuzione (art. 9 D. OEI).

L'autorità di esecuzione potrà ricorrere a un atto di investigazione differente se quello richiesto non esiste nel suo diritto interno; se non è previsto per un caso interno simile o se l'atto differente è meno invasivo, ragioni delle quali deve informare l'autorità di emissione che potrà ritirare o completare l'OEI (art. 10 D. OEI). In questo caso l'autorità di esecuzione comunicherà all'autorità di emissione che non è stato possibile dare attuazione all'assistenza richiesta. Per questo ci troviamo davanti ad una causa che potrebbe essere un motivo di rifiuto, così come accadrebbe se non esistesse nessun atto di indagine che dia lo stesso risultato per cui è stato richiesto<sup>39</sup>. Nonostante ciò, non sarà possibile il ricorso ad atti investigativi differenti, se l'OEI riguarda un atto che dovrebbe esistere obbligatoriamente nello Stato di esecuzione<sup>40</sup>. La possibilità di modificare l'OEI ci consente di affermare che il principio di mutuo rico-

<sup>35</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 179-181. Questa esigenza nell'esecuzione dell'OEI, che si estende anche ai termini dell'esecuzione, risponde al denominato "principio di equivalenza".

<sup>36</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., p. 27. Questa previsione, che richiede una valutazione positiva favorendo tanto la cooperazione come l'ammissibilità posteriore delle fonti di prova, continua a non dare risposta ai problemi che si generano in relazione alla prova transnazionale. È necessario che si stabiliscano norme specifiche in Europa per evitare che il processo di trasmissione di prove tra gli Stati violi il diritto di difesa. Questo diritto viene violato ogni volta che sia la difesa a dover provare che non sono state rispettate le garanzie della *lex fori*, nonché ogni volta che essa ignori come si è ottenuta la prova. Cfr. E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., pp. 42-43, secondo il quale la soglia delle garanzie per l'attuazione dei poteri pubblici in Spagna è elevato: si afferma che la Spagna come Stato di esecuzione agisca in forma più cauta rispetto a quello di emissione, tanto da far sorgere il dubbio che si tratti di un Paese "rifugio per criminali". Tutto ciò potrebbe essere evitato se nell'UE si stabilisse una disciplina comune volta ad estromettere dal circuito le prove ottenute con la violazione dei diritti difensivi.

<sup>37</sup> Sull'ammissibilità probatoria, M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 196-198, secondo il quale in questo modo si risolverebbe lo squilibrio esistente nel "binomio sicurezza-giustizia" nello spazio giudiziario europeo.

<sup>38</sup> Per quanto riguarda il regime di responsabilità penale dei funzionari dello Stato di emissione che si trovino in quello di esecuzione, essi saranno considerati a tutti gli effetti come funzionari dello Stato di esecuzione (art. 17 D. OEI). La responsabilità civile dei funzionari fuori dal proprio territorio corrisponderà a quella esistente nello Stato di emissione e saranno determinate apposite regole in conformità al diritto dello Stato di esecuzione, il quale assumerà la riparazione di detti danni, sebbene gli Stati membri rinunceranno a chiedere il rimborso dei danni causati, l'esercizio dei loro diritti nei confronti di terzi e il rimborso alle vittime o ai loro aventi diritto, che spetterà sempre allo Stato di emissione. La rinuncia a chiedere il rimborso allo Stato di emissione non è discrezionale bensì obbligatoria.

<sup>39</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., pp. 21-22. L'art. 10 introduce due ulteriori cause di rifiuto facoltativo. Costituiscono esempi della "flessibilità del sistema di assistenza mutua" e una chiara limitazione del principio di riconoscimento mutuo. D'altra parte obbligare uno Stato ad eseguire una misura che non ha disciplinato infrangerebbe il principio di "sufficiente previsione legale" stabilito dalla Corte EDU.

<sup>40</sup> R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 3291-3293. Ciò risponde al principio puro di riconoscimento reciproco. Un'individuazione più chiara degli atti che devono essere considerati coercitivi avrebbe giustificato ancora di più la previsione delle cause di rifiuto (p. 3296).



noscimento è stato reinterpretato, che si applica in maniera differente rispetto a quanto avveniva con gli strumenti precedenti e che trova un campo di applicazione ristretto. Per altro verso si pensa che il riferimento agli atti di indagine che dovrebbero sempre esistere, possa possedere anche l'effetto di approssimare le legislazioni interne. Il problema è che non tutti quelli definiti tali possono essere considerati atti di indagine.

Uno di tali atti è l'acquisizione di informazioni o prove che già si trovano nel possesso dell'autorità di esecuzione, quando in base alla *lex loci* si sarebbero potute acquisire in un procedimento penale o ai fini dell'OEI. Si ritiene che in casi come questo non si sia di fronte ad un atto d'indagine specifico, bensì ad una clausola generale del sistema, che permette di utilizzare informazioni o fonti di prove già esistenti, alle condizioni poc'anzi enunciate. Può accadere che si possa modificare la finalità per la quale si acquisirono originariamente le fonti di prova e le informazioni. Ciò che si vuole dire è che se tali atti sono stati acquisiti in un altro procedimento, conformemente ai requisiti di un'attività di indagine specifica, e vengono utilizzati per le finalità di un'altro atto di indagine, il risultato è che potrebbero risultare addirittura maggiormente restrittivi dei diritti fondamentali, dal momento che non solo è completamente assente una verifica dei requisiti, ma si potrebbe trattare di un'acquisizione di informazioni o fonti di prova che viola i principi di necessità e proporzione, che sempre dovrebbero prevalere.

Per i motivi esposti, si ritiene che la possibilità cui si è sopra fatto cenno debba applicarsi con le necessarie cautele. Bisognerà, cioè, regolarsi in relazione al caso in concreto, in modo tale che l'atto risulti conforme al diritto nazionale, potendo la difesa dell'indagato fare valere l'illiceità della prova in relazione al sistema di garanzie specifico dell'*exclusionary rule*. In questo senso l'esistenza dell'informazione o delle prove in un processo penale, perfino ai fini dell'OEI, potrebbero non essere sufficienti affinché queste fonti o informazioni si usino per finalità differenti, in processi transfrontalieri nei quali la persona indagata non abbia potuto esercitare correttamente il suo diritto di difesa.

Altri atti di indagine che dovranno "esistere" di forma obbligatoria, sono l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati che siano già in possesso delle autorità e che siano direttamente accessibili per l'autorità di esecuzione in un procedimento penale. Si aggiungono, inoltre, come atti di indagine obbligatori, l'audizione di un testimone, di esperti, di una vittima, di indiziati o imputati e, ancora, di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione, nonché l'individuazione di persone titolari di un numero telefonico o indirizzo IP. In conclusione si fa riferimento agli atti di indagine non coercitivi secondo la *lex loci*. Con riferimento a questa ultima ipotesi pensiamo che, come nella prima, ci troviamo di fronte ad una categoria di atti di indagine che può differire nei diversi Stati in funzione dei diversi standard nazionali. Inoltre si tratta di un'altra clausola generale del sistema, nel senso che in queste ipotesi non ricorrerà un atto di indagine alternativo. Si ritiene che nella pratica si potranno produrre disfunzioni nelle ipotesi nelle quali nello Stato di emissione un atto di indagine si consideri coercitivo ed in quello di esecuzione no, o viceversa.

Di seguito tratteremo i motivi nei quali al riconoscimento o alla esecuzione può essere opposto un rifiuto. La Direttiva non stabilisce il rifiuto come obbligatorio, ma autorizza gli Stati a procedere in tal senso. Sotto tale profilo, la Direttiva sull'OEI prevede l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali<sup>41</sup> e dei principi di cui all'art. 6 del TUE, compreso il diritto di difesa e gli obblighi che corrispondono alle autorità giudiziali (art. 1.4 D. OEI). Si ritiene che si tratti di un'autentica clausola generale di chiusura del sistema di riconoscimento o esecuzione, in ragione della quale può essere opposto il rifiuto alla cooperazione richiesta qualora esista il rischio di violare i diritti e principi di cui sopra. Causa specifica di rifiuto è invece l'esistenza di seri motivi per credere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta (art. 11, comma 1, lett. f) D. OEI).

Nei motivi di rifiuto troviamo nuovamente come protagonista la *lex loci*. In alcuni di essi prima di decidere sul rifiuto totale o parziale, l'autorità di esecuzione dovrà consultare quella di emissione, sollecitando l'informazione necessaria<sup>42</sup>. Sebbene si rinviengano nell'art. 11 della Direttiva<sup>43</sup>, in realtà i mo-

<sup>41</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., p. 24. Si stabiliscono fondamentalmente i motivi di rifiuto regolati nelle Convenzioni internazionali di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e del 2000, ma si escludono le clausole di ordine pubblico e la doppia tipificazione e si aggiunge la protezione dei diritti fondamentali.

<sup>42</sup> Si tratta delle ipotesi dell'art. 11, comma 1, lett. a), b), e) e f) (art. 11, comma 4, D. OEI).

<sup>43</sup> F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: I rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4226. Questi motivi evidenziano ancora la limitata applicazione del principio di riconoscimento

tivi di rifiuto del riconoscimento o della esecuzione non sono elencati in un'unica disposizione<sup>44</sup>, poiché sono stati introdotti altri specifici motivi in altre previsioni della Direttiva, con riferimento determinati atti di indagine. Un motivo di rifiuto consiste nell'esistenza di un'immunità o privilegio nel diritto dello Stato di esecuzione che renda impossibile l'esecuzione dell'OEI<sup>45</sup>, oppure di norme sulla determinazione o limitazione della responsabilità penale rispetto alla libertà di stampa e di espressione nei mezzi di comunicazione. Un'altra causa consiste nel fatto che l'esecuzione dell'OEI possa ledere gli interessi essenziali di sicurezza nazionale, compromettere la fonte delle informazioni o che l'informazione sia stata ottenuta con determinate attività di intelligence<sup>46</sup>. Un'altra ipotesi ancora consiste nella circostanza che l'OEI sia emesso con riferimento a procedimenti avviati per autorità amministrative o autorità giudiziali per fatti che nello Stato di emissione costituiscono infrazioni legali che possono dare luogo ad un procedimento penale e che quell'atto di investigazione non fosse autorizzato nell'ordinamento dello Stato di esecuzione per un caso interno simile (come abbiamo visto precedentemente). Ancora, ulteriore motivo di rifiuto si rinviene allorché l'esecuzione dell'OEI si ponga in contrasto con il principio del *ne bis in idem* o nel caso in cui l'atto di investigazione richiesto possa essere svolto, nell'ordinamento dello Stato di esecuzione, soltanto a determinati delitti o categoria di delitti o a delitti con un limite di pena specifico<sup>47</sup>, tra i quali non risulti il delitto cui si riferisce l'OEI (sebbene questa causa non opererà se si tratta di un "atto di investigazione" che deve sempre esistere nello Stato di esecuzione).

Per quanto riguarda la previsione del controllo della doppia incriminazione, oltre a rinvenirsi qualcosa di comune negli strumenti di riconoscimento mutuo dalla creazione del MAE, la Direttiva presenta una novità: se il delitto è stato commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e totalmente o parzialmente in quello di esecuzione e, la condotta non è penalmente rilevante nello Stato di esecuzione, l'OEI potrà essere rifiutato (art. 11, comma 1, lett. e) D. OEI). Oltre a questa ipotesi, si potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione se la condotta alla quale si riferisce l'OEI non costituisce reato nello Stato di esecuzione, non rientra nelle categorie di delitti dell'Allegato D e se nello Stato di emissione è punibile con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni. Ci troviamo di fronte alla stessa lista di 32 delitti prevista per altri strumenti di riconoscimento reciproco, per i quali è escluso il controllo della doppia incriminazione. A differenza di altri strumenti, la Direttiva non parla espressamente di "controllo della doppia incriminazione", sebbene si tratti della stessa questione. Un'altra peculiarità dell'OEI consiste nel fatto che il controllo della doppia incriminazione non si applicherà agli "atti di investigazione che dovranno sempre esistere" nello Stato di esecuzione<sup>48</sup>.

Così come per altri strumenti di riconoscimento reciproco, quando l'OEI riguarda reati tributari, o reati in materia di dogana e di cambio, l'autorità di esecuzione non potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione sulla base del fatto che nell'ordinamento dello Stato di esecuzione non si imponga lo stesso tipo di tasse o imposte, o che si abbia una regolamentazione fiscale, doganale e di cambio differente.

---

reciproco, così come il mancato raggiungimento della fiducia mutua, presupposti logici della libera circolazione della prova. L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 4. Nella proposta di Direttiva esistevano meno motivi di rifiuto rispetto alla Direttiva definitiva, la quale li ha incrementati stabilendoli tassativamente.

<sup>44</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 183-184. La complessità in questa materia aumenta in considerazione dei motivi di rifiuto impliciti.

<sup>45</sup> Sui privilegi e le immunità, si è promulgata in Spagna la LO 16/2015, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, emanata il 27 ottobre del 2015.

<sup>46</sup> E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., p. 74. In questa ipotesi è difficile determinare il suo contenuto e i motivi possono essere di natura politica. Da sottolineare l'importanza che ha attualmente lo scambio di informazioni tra i servizi di intelligence, cui si riferisce la Decisione Quadro 2006/960/GAI, particolarmente volta alla lotta contro fenomeni come il terrorismo. In questo senso tale previsione può essere giudicata positivamente, data l'importanza delle informazioni riservate in questo ambito e, inoltre, perché è possibile si verifichi il caso che gli Stati in questione abbiano ottenuto già l'informazione per questo canale, benché non necessariamente nel quadro di un processo penale.

<sup>47</sup> La recente riforma effettuata in Spagna con la LO 13/2015 ha optato per questa opzione relativamente agli atti di investigazione, limitandoli ai delitti con un determinato limite di condanna e a determinati delitti specifici. Pertanto quando l'atto di investigazione sia di questo tipo e la Spagna sia lo Stato di esecuzione, è probabile che possa emettersi un provvedimento di rifiuto per questa causa.

<sup>48</sup> Su detto controllo, cfr. A. Tinoco Pastrana: *El embargo preventivo*, cit., pp. 132-134.

Lo Stato di esecuzione trasferisce le prove acquisite senza ritardo<sup>49</sup>, perfino immediatamente, alle autorità dello Stato di emissione che partecipino all'esecuzione dell'OEI, quando questo fosse previsto nell'OEI e fosse possibile in relazione a quanto sancito dal diritto interno dello Stato di esecuzione. È prevista, tuttavia, l'ipotesi della sospensione del trasferimento, allorché si sia in attesa della decisione relativa ad un mezzo d'impugnazione e ciò possa causare un danno grave ed irreversibile alla persona interessata. Esiste, inoltre, la possibilità che lo Stato di esecuzione richieda che si restituiscano le prove acquisite, quando queste non siano più necessarie per quello di emissione. Tale trasferimento di oggetti, documenti o dati può essere previsto come "temporaneo" allorché tali beni siano rilevanti rispetto ad altri procedimenti.

Gli Stati membri dovranno permettere le stesse impugnazioni e gli stessi termini che sarebbero previsti per un caso interno analogo (art. 14 D. OEI), senza che ciò sospenda l'esecuzione (a meno che ciò sia previsto per casi interni simili). I motivi di merito si potranno impugnare solo nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali regolati dalla *lex loci*. In questo modo anche tali ragioni di merito possono essere motivi di impugnazione nello Stato di esecuzione. Le autorità di emissione e di esecuzione faranno in modo che si faciliti l'informazione reciproca sulle possibilità di impugnazione e sui termini, sempre che ciò non comprometta la riservatezza dell'indagine ai sensi dell'art. 19 Direttiva. Si ritiene che l'assenza di un'unica regolamentazione (puntuale e assoluta) in materia di impugnazioni, possa di fatto impedire una concreta attuazione della disciplina delle decisioni giudiziali in Spagna. Sarebbe più opportuno conoscere quali decisioni sono impugnabili, quale mezzo di impugnazione può utilizzarsi ed entro quali termini. L'assenza di certezza giuridica in questo ambito certamente avrebbe difficoltà a rinvenire un fondamento costituzionale (oltre alla possibilità di determinare una violazione dell'art. 13 CEDU). Per tali motivi si ritiene che la Direttiva non sia sufficientemente garantista in questo senso. A questo proposito si è osservato che l'esclusione della difesa nell'acquisizione transnazionale della prova potrebbe ledere il diritto ad una impugnazione effettiva, dato che la difesa non ha sempre la possibilità di constatare la forma di acquisizione della prova, ed essendo prescritto in alcuni casi il diritto ad utilizzare i mezzi di impugnazione dello Stato di esecuzione<sup>50</sup>.

Nell'ordinamento processuale penale spagnolo, come anche in altri Stati dell'UE, l'istruzione è sempre segreta, in funzione della efficacia delle indagini. Da questo punto di vista la Direttiva garantisce la riservatezza delle indagini (art. 19 D. OEI), prevedendo che l'autorità di esecuzione, qualora non possa rispettarla, ne dia immediata comunicazione. Allo stesso modo l'autorità di emissione non divulgherà le prove o le informazioni fornite dall'autorità di esecuzione, a meno che tale divulgazione sia necessaria per le indagini o i procedimenti oggetto dell'OEI. A tal proposito esiste un riferimento concreto all'informazione su conti ed operazioni bancarie o finanziarie, nella misura in cui è previsto che lo Stato di esecuzione adotterà le misure necessarie affinché le banche non rivelino né al cliente né a terzi, la trasmissione di informazioni allo Stato di emissione. D'altra parte si riconosce espressamente la protezione dei dati personali di questo tipo e per tale ragione si limita l'accesso agli stessi esclusivamente alle persone autorizzate (art. 20 D. OEI).

Di seguito esaminiamo brevemente determinati atti di indagine per i quali si stabiliscono disposizioni specifiche (artt. 24-31 D. OEI). Per quanto concerne il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini di un atto d'indagine, ad esso può essere opposto il rifiuto nel caso in cui non vi sia il consenso del detenuto oppure nel caso in cui tale trasferimento possa provocare il prolungamento della durata della "detenzione", o di un'altra misura cautelare. La disciplina dell'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva del testimone, periti, indagati o imputati e l'audizione mediante teleconferenza, riservata ai testimoni o periti, conferma la centralità della prova dichiarativa nel modello di libera circolazione della prova introdotta dalla Direttiva<sup>51</sup>. Come motivi di rifiuto specifici si

<sup>49</sup> E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., pp. 78-81. Per quanto riguarda il trasferimento delle prove di cui all'art. 13 Direttiva, siamo davanti ad una questione molto complessa, dato che la conservazione della "catena di custodia" è regolata negli ordinamenti interni, che possono sanzionare l'illiceità ed irregolarità della prova nel procedimento dello Stato di emissione.

<sup>50</sup> Su quest'ultimo, R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3295. Il diritto ad una risorsa effettiva ha il suo fondamento nell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo tale Autore non riconoscere la partecipazione della difesa nell'esecuzione dell'OEI potrebbe pregiudicare l'efficienza del procedimento di cooperazione, ostacolando l'utilizzo della prova nello Stato di emissione, qualora la partecipazione del difensore nella formazione della prova costituisse un requisito indispensabile secondo la *lex fori*.

<sup>51</sup> In questo senso, L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 7.

prevede: che la persona non dia il suo consenso o che l'esecuzione di tale atto di indagine sia contraria ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Con specifico riferimento alle informazioni bancarie o finanziarie (nonché negli atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale), è previsto come motivo di rifiuto la sola circostanza che lo Stato di esecuzione non autorizzi la misura in un caso interno simile. Ciò, nonostante si sia osservato che esistono seri dubbi sull'effettività di un modello di investigazione comune in un settore tanto delicato come questo dove esistono importanti differenze tra le legislazioni interne<sup>52</sup>. Nelle operazioni di infiltrazione, il riconoscimento e l'esecuzione si effettueranno per lo Stato di esecuzione conformemente alla *lex loci*, stabilendosi anche come cause di rifiuto specifiche l'assenza di autorizzazione di tali indagini nell'ordinamento interno in un caso analogo e che non si sia giunti ad un accordo sulla sua durata, sulle condizioni e sul regime giuridico degli agenti. Nell'intercettazione delle telecomunicazioni troviamo una differenza a seconda che sia necessaria o meno l'assistenza tecnica di un altro Stato membro; in quest'ultimo caso sono ammesse delle modifiche alla procedura (come si è detto). Nella regolazione di questo atto si stabilisce anche come motivo di rifiuto aggiuntivo che la misura, conformemente a quanto stabilito dalla *lex loci*, non sia autorizzata in casi interni simili. Se non è necessaria l'assistenza tecnica dell'altro Stato, si ritiene che non ci si trovi davanti ad una OEI *stricto sensu* e che i requisiti rispetto a questa siano più flessibili. Peraltro, con l'evoluzione tecnologica, potrebbe essere più probabile intercettare le telecomunicazioni attraverso questo metodo, piuttosto che utilizzando una OEI conformemente all'art. 30, motivo per cui è necessario che la Direttiva comprenda una tale previsione.

## CONCLUSIONI

Alla luce di quanto precede, la Direttiva non costituisce un strumento particolarmente innovativo: si tratta in realtà semplicemente di un strumento che potremmo definire "necessario". Il pregio di maggior rilievo consiste nell'aver superato la frammentarietà del sistema e scarsa efficacia degli strumenti preesistenti di riconoscimento reciproco diretti all'acquisizione della prova. Allo stesso tempo il provvedimento esaminato implementa determinati paradigmi dell'assistenza giudiziale, come il predominio della *lex loci*. Il suo principale vantaggio consiste nel permettere atti di indagine, l'acquisizione delle prove ed il loro trasferimento aventi finalità sia investigativa che cautelare, riconoscendo tali scopi ad un unico strumento. Per quanto attiene la concreta attuazione del principio di riconoscimento reciproco, non è agevole comprendere se si tratti di una retrocessione rispetto all'autentica cooperazione giudiziale. D'altra parte con i preesistenti strumenti di riconoscimento reciproco, che hanno avuto importanti problemi di applicazione ed efficacia, sembra che non si fosse voluto spingere realmente verso una reale cooperazione in materia probatoria, essendosi limitati ad affermarne la necessità solo sul piano formale.

A quanto osservato si aggiunge l'assenza dell'approssimazione delle legislazioni interne nell'ambito probatorio: le prove ottenute conformemente alla *lex loci* potrebbero non avere successivamente validità nello Stato di emissione, nel caso in cui questo abbia una regolamentazione più stringente relativamente alla protezione dei diritti fondamentali, con la conseguenza che ciò ostacolerebbe l'effettività della libera circolazione della prova. Per tale ragione è necessaria l'approssimazione tra le legislazioni interne, affinché questo nuovo strumento sia realmente efficace. In questo senso emerge una posizione importante anche con riguardo alla regolazione del diritto di difesa, incidendo anche questo nella valutazione della prova. Unico dato positivo in questo senso, la previsione, come si è visto, di "atti d'indagine" che dovranno esistere obbligatoriamente. Tale indicazione potrebbe lasciare sperare in una certa approssimazione delle varie legislazioni.

D'altra parte è importante sottolineare la priorità che questo nuovo strumento conferisce alla protezione dei diritti fondamentali, consacrando al contempo i principi di necessità e proporzionalità nell'acquisizione transnazionale della prova (con evidenti ripercussioni sul principio di riconoscimento reciproco). Ma tale principio, come interpretato dalla Direttiva, appare diverso da come enunciato a Tampere. Le ragioni nascono dal fatto che non si parte dall'"alto grado di fiducia" esistente tra gli Stati né si implementa un'autentica cooperazione basata nella *lex fori*, come richiederebbe questo principio in linea puramente teorica. Potrebbe accadere che ciò si consolidi solo rispetto all'acquisizione transnazionale

---

<sup>52</sup> L. Camaldo-F. Cerqua, *ibid.*, p. 9.



della prova e che l'originale concezione di questo principio e lo spirito di cooperazione giudiziale prevalgano su altri strumenti con finalità differenti.

In definitiva e per concludere, l'OEI costituisce uno strumento realistico, concreto, idoneo ad adattarsi al contesto attuale dell'UE, pensato per essere utilizzato in concreto.