

PRESENTAZIONE

Con il d.lgs. n. 108 del 2017 il nostro Paese ha dato esecuzione alla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI). L'Italia si è dotata così di un nuovo strumento per le indagini e la raccolta delle prove transnazionali, in sostituzione degli strumenti rogatoriali che avevano caratterizzato il vecchio sistema di assistenza giudiziaria, i quali avevano creato non pochi ostacoli nella cooperazione giudiziaria sul versante probatorio.

L'OEI è concepito come strumento di mutuo riconoscimento, sia pur sotto molti aspetti temperato: si attribuisce infatti rilievo anche ai principi della *lex loci*, si introduce il vaglio di proporzionalità, si prevedono “accordi e consultazioni” tra autorità di esecuzione e autorità di emissione per individuare modalità condivise di gestione dello strumento e si accenna anche a un tentativo di armonizzazione rispetto ad alcuni atti probatori/investigativi particolari, in rapporto ai quali viene dettata una disciplina speciale *ad hoc*.

L'OEI rappresenta uno strumento unitario, da impiegare per la raccolta di tutte le prove e per tutte le indagini transnazionali: da questo punto di vista va senz'altro salutato con favore. Ma esso presenta anche aspetti problematici e pone nodi interpretativi che la legge di ricezione italiana non ha sempre cura di sciogliere. Questo volume si propone di offrirne uno sguardo complessivo, attraverso un'ottica binoculare: il *focus* della trattazione resta ovviamente catalizzato sul d.lgs. n. 108, ma non possono essere dimenticate nell'analisi le prescrizioni della direttiva a cui la normativa italiana è chiamata a dare attuazione.

Certo, si è consapevoli che si tratta di un'indagine per così dire in vitro, poiché molti aspetti dell'OEI si chiariranno meglio in sede applicativa: sarà lì che le generiche espressioni utilizzate dalla direttiva e riprese senza specificazioni particolari dal d.lgs. n. 108, che tanto spazio lasciano all'attività creativa della giurisprudenza, troveranno con-

cretizzazione. Nondimeno, sembra utile fornire sin d'ora un'analisi critica del nuovo strumento istruttorio, anche al fine di tracciare alcune coordinate di fondo che possano facilitare il suo impatto applicativo.

Padova, agosto 2018

I CURATORI

PARTE PRIMA
LE CARATTERISTICHE DI FONDO
DEL NUOVO STRUMENTO

I

L'OEI NELLA DISSOLVENZA TRA REGOLE E PRINCIPI

di Roberto E. Kostoris

SOMMARIO: 1. L'OEI come espressione di un diritto per principi. – 2. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali. – 3. Il rapporto tra *lex fori* e *lex loci*. – 4. Il parametro di proporzionalità.

1. *L'OEI come espressione di un diritto per principi.*

Considerato nel suo complesso – nella legge italiana di ricezione non meno che nella direttiva –, si può ben dire che l'ordine europeo di indagine penale presenti – nel bene e nel male – davvero i tratti più emblematici del diritto europeo, e, più in generale, del diritto postmoderno¹. Esso si caratterizza infatti per una marcata mescolanza e dissolvenza tra regole e principi, di cui si erge “dosatore” in tutta la sua centralità e le sue duttili potenzialità applicative il principio di proporzionalità.

L'OEI è, dunque, uno strumento tipicamente europeo e tipicamente postmoderno perché, aprendosi a un diritto costruito per principi, si affida ampiamente all'elaborazione creativa, ai bilanciamenti tra valori coinvolti in relazione alle esigenze del caso concreto e al conseguente impiego di una logica argomentativa e di una razionalità materiale, che lo allontanano marcatamente dai rigidi schemi codicistici. Esso segna in termini forse sinora mai percepiti in modo così tangibile nei rapporti tra diritto interno e diritto europeo il passaggio da una legalità a carattere

¹Cfr. R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in ID. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016, p. 9 ss.

eminentemente “normativo”, dove conta la «corrispondenza» dell’azione alla legge, a una legalità di tipo “giudiziale”² dove conta invece (anche) la «conformità dell’azione allo scopo»³.

Non sono pochi, naturalmente, i rischi connessi a un tale mutamento di paradigma. L’indeterminatezza dei precetti può facilmente generare arbitrari applicativi, anche se il principio di proporzionalità avrebbe la funzione di contrastarli, presupponendo che ogni scelta che fa capo al triplice vaglio di cui si compone debba essere rigorosamente argomentata e controllabile (ma è un controllo che implica un’identificazione – tutt’altro che agevole – dei parametri di riferimento impiegati).

Più in generale, poi, l’indeterminatezza si converte in mancanza di prevedibilità. Connotazione indubbiamente difficile da accettare perché rappresenta una delle più tipiche e classiche espressioni del principio di legalità, specialmente in un settore come quello della giustizia penale, dove il contrasto tra autorità dello Stato e libertà dell’individuo si sprigiona al livello più intenso e nel cui ambito la tradizione giuridica di *civil law* ha portato a individuare nella generalità e nell’astrattezza della legge e nella legittimazione democratica di cui essa è espressione, e non nella mutevole attività creativa del giudice, che di quella legittimazione è, in ogni caso, privo, il presidio più saldo a tutela delle garanzie e della loro uniforme applicazione⁴.

Si potrebbe rispondere che non di rado si è trattato di paraventi di facciata, di ‘mitologie’⁵ dietro le quali la prassi si è spesso mossa con approcci di ben altro genere; che i modelli giuridici della modernità mostrano da tempo i segni di una crisi profonda; che, in particolare, la stessa rigidità formale della legge, invocata come bene prezioso, la può rendere inadatta ad adeguarsi ai fatti cangianti e mutevoli della vita, con il rischio di giungere a trattare in modo uguale situazioni solo formalmente uguali, ma sostanzialmente diverse.

Al di là di simili rilievi c’è, tuttavia, in questo caso un aspetto nuovo

²Per più ampie riflessioni su questi diversi modelli di legalità, R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di Procedura penale europea*, 3^a ed., Giuffrè, 2017, p. 70 s.

³Cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Giuffrè, 2013, p. 420 s.; M. DANIELE, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli, 2017, p. 14.

⁴Gli uomini vogliono un centro di gravità permanente che non faccia loro cambiare idea sulle cose; per questo amano affidarsi alla astrattezza e alla generalità della legge, scrive G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 123 s.

⁵P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001.

e particolare che è opportuno porre subito bene in evidenza. Esso è rappresentato dal fatto che la disciplina italiana dell'OEI presenta al suo interno una singolare commistione di piani: in questo caso è, infatti, la nostra stessa legge interna a richiedere espressamente per la sua applicazione quell'attività creativa; è cioè la stessa legge ordinaria, che ci si attenderebbe costruita solo per fattispecie, cioè per regole, secondo il modello che ci è familiare, a rinviare – sulla scia delle indicazioni della direttiva – a indefiniti principi da bilanciare, lasciando così al giudice il compito di trarne la regola da applicare al caso concreto. È, dunque, proprio «ubbidendo» alla legge nazionale che il giudice è chiamato a compiere quel passaggio.

Si potrebbe discutere se in questo caso il precetto dell'art. 101.2 Cost. sia davvero rispettato⁶. Resta il fatto che certamente dirompente è la tecnica legislativa impiegata. Può darsi che il d.lgs. n. 108 si ponga, da questo punto di vista, come prototipo di un nuovo modello normativo “ibrido”, attraverso il quale lo Stato – almeno quando interagisca con le fonti europee – accetta espressamente di includere all'interno delle proprie regole legislative il riferimento a principi, con il conseguente spazio di indeterminazione che li accompagna e il tasso di diritto giudiziale che ne deriva, pur di mantenere, almeno formalmente, intatte le proprie prerogative sovrane. Un accorgimento che forse potrebbe avere l'effetto di rendere meno traumatica – quantomeno sotto il profilo “psicologico” – l'applicazione del diritto dell'Unione da parte del diritto interno nei casi transnazionali. O può darsi, invece, che il d.lgs. n. 108 rappresenti semplicemente il segnale di un più generale mutamento di pelle dell'armamentario legislativo, che per effetto dei tempi si orienta verso gestioni più flessibili e pragmatiche degli strumenti processuali, anche sul piano interno.

Qualunque valutazione si voglia dare di questa scelta del nostro legislatore, non bisogna in ogni caso dimenticare come essa si ponga in qualche modo come una conseguenza della scelta più generale del legislatore eurounitario di non disciplinare la raccolta transnazionale delle prove attraverso uno strumento di unificazione normativa, che, operan-

⁶Dipende, naturalmente, da come si interpreta il precetto costituzionale. Una risposta affermativa potrebbe venire dalla considerazione che, come si diceva, è la stessa legge a rinviare per la sua applicazione ai principi: il giudice che sia chiamato a ricavarne la regola per il caso concreto resterebbe dunque pur sempre «soggetto» ad essa. Una risposta negativa potrebbe invece venire dal rilievo che la soggezione del giudice alla legge dovrebbe implicare che quest'ultima si estrinsechi in comandi sufficientemente precisi, senza richiedere a tal fine un'attività «inventiva» del giudice.

do secondo una logica “federale”, avrebbe potuto produrre un sistema di regole probatorie europee dotate di un sufficiente grado di precisione, consentendo di evitare il ricorso alle formule ambigue e generiche che hanno invece sempre caratterizzato la cooperazione orizzontale⁷, e che vengono, appunto, riprese a piene mani dalla direttiva sull’OEI e dalla normativa italiana di ricezione.

Resta poi comunque sullo sfondo il problema della figura di giudice che si viene in tal modo ad accreditare: se gli si affidano ampi poteri “inventivi”⁸ diventa difficile continuare a concepirlo come un semplice interprete/applicatore della legge (di una legge, s’intende, costruita solo per fattispecie)⁹.

Si potrebbe replicare che alla fine saranno le Corti di vertice (la Corte di giustizia e, di riflesso, la nostra Corte di cassazione) attraverso la loro opera interpretativa a dar corpo più specifico alle generiche espressioni impiegate dal d.lgs. n. 108, fissando uniformi criteri di fondo a cui poi i giudici di merito finiranno per conformarsi. Può darsi che almeno in parte questo avvenga, anche se bisogna ricordare che la Corte di giustizia fa prevalere spesso nella sua opera nomofilattica le esigenze di efficienza su quelle di garanzia¹⁰; e comunque non bisogna dimenticare che rispetto al vaglio di proporzionalità – che rappresenta un centrale momento di sintesi nell’OEI – la Corte costituzionale¹¹ ha già avvertito, sia pure in altra occasione, che l’adozione di criteri standardizzati sarebbe contraria all’essenza stessa del principio, il quale presuppone valutazioni del giudice modulate sulle peculiarità che presenta ogni specifica situazione¹².

In ogni caso e conclusivamente, è chiaro che solo l’applicazione con-

⁷ 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, p. 4.

⁸ Nel senso precisato da P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2017, p. X ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992, p. 205 ss. riteneva necessario un ripensamento dei profili ordinamentali della magistratura già in rapporto allo Stato costituzionale, che attribuisce rilievo a un diritto per principi.

¹⁰ Essa non è infatti un giudice dei diritti ma è una Corte di integrazione europea, e dunque tutela i diritti non in sé, ma in funzione della realizzazione degli obiettivi dell’Unione: cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 80.

¹¹ Corte cost. n. 85 del 2013, su cui v. i rilievi di G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, p. 551.

¹² Nello stesso ordine di idee si pone anche la Corte di giustizia: cfr. sent. 16 luglio 2015, C-237/15 *Lanigan*.

creta da parte della giurisprudenza della normativa italiana sull'OEI consentirà di esprimere valutazioni meno congetturali e approssimative su alcuni dei nodi principali e irrisolti di questo nuovo strumento.

2. Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali.

Pur con questa consapevolezza di fondo, tentiamo di dedicare qualche riflessione ai tre ambiti in cui la disciplina di attuazione italiana dell'OEI si affida all'indeterminatezza dei principi, i quali sono rappresentati della tutela dei diritti fondamentali, dal rapporto tra *lex fori* e *lex loci* e dal vaglio di proporzionalità. Si tratta di aspetti che certamente interagiscono tra loro ai fini del risultato finale, ma che si possono analizzare separatamente al fine di lumeggiarne meglio talune peculiarità e fornire, laddove possibile, qualche sia pur generica coordinata per una loro migliore individuazione.

Il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali è certamente scontato quanto pleonastico nella direttiva e nel d.lgs. n. 108. Meno scontata è invece l'individuazione del loro contenuto, che va in qualche modo precisato a fini applicativi: il dubbio che l'esecuzione dell'atto richiesto con l'OEI possa esporre lo Stato italiano a una loro violazione è infatti previsto come motivo di rifiuto dell'ordine (art. 10 comma 1 lett. *e* del d.lgs.); inoltre un sacrificio ingiustificato dei diritti e delle libertà dell'imputato determina un difetto di proporzionalità dell'ordine.

Tale individuazione non è però agevole e appare destinata comunque a non eliminare margini di indeterminatezza e variabilità.

Poiché l'art. 6 TUE richiama i diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU, in combinazione a quelli risultanti dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (altra nozione quanto mai vaga e indefinita) e poiché la Carta contiene a sua volta (art. 52 comma 3) una clausola di equivalenza tra i diritti che essa tutela e i diritti CEDU, è evidente che questi ultimi sono destinati a diventare il parametro di fondo anche delle tutele eurounitarie¹³, comprese quelle evocate nell'OEI. Si tratta di un parametro che risulta però integrato dall'interpretazione che i diritti convenzionali ricevono da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il che, se ha portato a individuare

¹³M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2016, n. 4, p. 7.

un corposo ventaglio di specificazioni di tali diritti, soprattutto sul versante dell'equità processuale, ne ha reso, per così dire, anche meno "stabili" i contenuti. Ciò è dovuto al limite intrinseco che deriva dalla stessa fisionomia della Corte europea, la quale cumula in sé la doppia veste di organo nomofilattico e di giudice dei casi concreti; ruolo quest'ultimo che la porta a parametrare le sue decisioni sulle peculiari caratteristiche della vicenda giudiziaria sottoposta al suo vaglio, potendo giungere a soluzioni diverse per casi astrattamente simili¹⁴, ma caratterizzati da componenti fattuali diverse, con conseguenti possibili mutamenti di interpretazione delle medesime garanzie, che però sono destinati a creare disorientamento nel momento in cui il *case law* di Strasburgo diventa un parametro generale di riferimento per l'individuazione dei diritti fondamentali anche rispetto al diritto dell'Unione.

3. *Il rapporto tra lex fori e lex loci.*

Il problema del rapporto tra *lex fori* e *lex loci* è invece evocato dall'art. 4 comma 2 del d.lgs., laddove prevede, con riferimento alla procedura passiva, che l'autorità italiana debba provvedere all'esecuzione dell'OEI «osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie all'ordinamento giuridico dello Stato». Nella procedura attiva il problema è invece risolto preventivamente in via pattizia: le modalità di compimento dell'atto verranno concordate con l'autorità di esecuzione.

Quali sarebbero dunque i «principi dell'ordinamento» italiano a cui ci si intende riferire con una così generica locuzione e che impedirebbero di dar corso alle prescrizioni della *lex fori* indicate dall'autorità richiedente? I principi costituzionali? O i principi ricavabili dalla nostra disciplina processuale, quand'anche essi trovino la loro matrice nei primi? E a quali di questi principi ci si dovrebbe riferire? Siamo di fronte a una categoria che l'interprete potrebbe dilatare a piacimento, fino a giungere a far prevalere la *lex loci* sulla *lex fori*, riproponendo così la vecchia logica rogatoria, con tutte le ricadute negative che ne deriverebbero sul piano dell'utilizzabilità nello Stato richiedente degli elementi raccolti?

¹⁴Si tratta di una tendenza che recentemente si va incrementando: cfr. M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), p. 283 ss.

Porsi queste domande aiuta a individuare dei criteri interpretativi che possano contribuire a dare qualche fisionomia a quel vago riferimento.

Il primo ci sembra discendere dalle stesse caratteristiche dell'OEI, che è stato concepito come strumento di mutuo riconoscimento, sia pur temperato¹⁵. Ebbene, la logica del mutuo riconoscimento e del *favor cooperationis* di cui esso è espressione dovrebbero indurre ad attribuire al rispetto dei principi della *lex loci* solo il valore di un "controlimite" che lo Stato di esecuzione pone rispetto alle prescrizioni della *lex fori*, a tutela di un suo inderogabile spazio di sovranità¹⁶: si dovrebbe trattare, dunque, di una categoria da interpretare in senso restrittivo, in quanto volta a tutelare solo l'intangibilità degli *essentialia* del nostro ordinamento interno.

Quale significato dare però a quest'ultimo termine? Per cercare di impostare una risposta non si deve dimenticare che l'atto richiesto con l'OEI deve in ogni caso possedere alcune caratteristiche fondamentali: in particolare, deve essere espressamente «previsto dalla legge italiana» e devono ricorrere «i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento» (altrimenti, o verrà compiuto, se possibile, un atto diverso conforme alla legge italiana comunque idoneo al raggiungimento del medesimo scopo, o si verrà a integrare un motivo di rifiuto dell'OEI: art. 9 d.lgs. n. 108), oppure deve integrare uno degli atti (audizioni ed esami, documentazioni e informazioni, atti non coercitivi) che si presumono *de iure* «esistenti» nella legge italiana (art. 9 comma 5 del d.lgs.). Inoltre, non si deve dimenticare che lo stesso d.lgs. n. 108 provvede a dettare – sulle orme della direttiva – in quella che si potrebbe definire la sua «parte speciale», una disciplina *ad hoc* per alcuni atti investigativo/probatori particolari (trasferimento temporaneo di detenuti, video e teleconferenze, acquisizione di informazioni presso banche, operazioni sottocopertura, intercettazioni).

Quest'insieme di prescrizioni porta a ritenere che almeno alcuni degli aspetti essenziali della *lex loci* siano già a priori riassorbiti nella disciplina del d.lgs. n. 108¹⁷.

¹⁵Per una sintesi sul punto rinvio a R.E. KOSTORIS, *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in GIARDA-GIUNTA-VARRASO (a cura di), di prossima pubblicazione.

¹⁶R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1441.

¹⁷Non mancano a tale riguardo riferimenti espliciti alla necessità di rispettare nella

Quanto agli altri, un criterio per la loro individuazione potrebbe forse poggiare su una distinzione di fondo tra tutele che riguardano i soggetti coinvolti nell'attività investigativo/probatoria richiesta e tutele che attengono ad aspetti estrinseci, come le garanzie epistemologiche della prova.

Iniziando da questi ultimi, il pensiero corre subito all'esame diretto nell'assunzione delle prove dichiarative: ed, in effetti, uno dei quesiti maggiori concerne proprio l'inclusione di questa modalità esaminatoria tra i «principi dell'ordinamento» che l'autorità italiana di esecuzione può imporre anche a fronte di differenti indicazioni dell'autorità di emissione.

Ora, se è indubbiamente difficile negare che l'esame incrociato rappresenti un elemento caratterizzante del nostro sistema processuale, è anche vero che l'interpretazione restrittiva della prevalenza dei principi della *lex loci* che si è prescelta deve portare a non enfatizzarne il ruolo in questo contesto. Imporre l'esame incrociato nell'esecuzione dell'OEI

procedura passiva talune regole previste dalla legge italiana: si pensi alla necessità di comunicare il decreto di riconoscimento dell'OEI al difensore dell'indagato entro il termine stabilito ai fini dell'avviso a cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto (art. 4 comma 4), al deposito dei verbali degli atti compiuti nella segreteria del p.m., secondo quanto previsto dall'art. 366 comma 1 c.p.p. (art. 4 comma 8), alla possibilità per il procuratore della repubblica richiesto dall'autorità di emissione di una concelebrazione di promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune applicando in tal caso le disposizioni del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 (art. 8 comma 2), all'obbligo di informare testimoni e periti esaminati in video e teleconferenza della facoltà di astensione riconosciuta dall'ordinamento interno (art. 18 comma 6), all'applicazione degli artt. 366, 367, 368, 369, 371-*bis*, 372 e 373 c.p.p. per i fatti commessi nel corso dell'audizione in videoconferenza (art. 18 comma 8), alla necessità di acquisire informazioni presso banche e istituti finanziari con le modalità previste dagli artt. 255 e 256 c.p.p., e di acquisire in tempo reale flussi informatici o telematici provenienti da o diretti a tali istituti mediante richiesta al GIP secondo quanto previsto dagli art. 266 ss. c.p.p. (art. 20 commi 1 e 2), all'obbligo di provvedere all'omissione o al ritardo dell'esecuzione dell'arresto, del fermo, della perquisizione o del sequestro probatorio nei casi e con le modalità previste dall'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146, alla possibilità di riconoscere un OEI che disponga intercettazioni solo ove siano rispettate le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento italiano (art. 23 comma 1), difettando le quali verrebbe a integrarsi un motivo di rifiuto (art. 23 comma 3), all'ordine da parte del GIP di immediata cessazione delle operazioni di intercettazione quando siano state disposte in riferimento a un reato per il quale esse non sono consentite secondo l'ordinamento italiano (art. 24 comma 2) e della inutilizzabilità probatoria dei risultati delle intercettazioni già eseguite (art. 24 comma 3), all'esecuzione dell'OEI finalizzato all'acquisizione di dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche con le forme e le modalità previste dall'art. 256 c.p.p.

richiesto da un Paese che non lo pratichi al suo interno e che richieda anzi espressamente una diversa modalità esaminatoria¹⁸ potrebbe ostacolare indebitamente la cooperazione giudiziaria e il mutuo riconoscimento, in contrasto con il principio di leale collaborazione tra gli Stati membri e con gli obblighi che per noi discendono dagli artt. 11 e 117 comma 1 Cost.¹⁹.

Occorre infatti riconoscere che le garanzie epistemologiche della prova, che l'istituto dell'esame diretto mira a tutelare, rappresentano un valore che deve interessare precipuamente la *lex fori*, nel cui ambito le prove raccolte verranno utilizzate, non la *lex loci*. Quest'ultima deve preoccuparsi invece di proteggere le garanzie delle persone coinvolte nell'attività di esecuzione dell'OEI, evitando che le prescrizioni richieste dall'autorità di emissione ne possano intaccare i fondamenti. La categoria resta però ancora troppo indefinita, non essendo facile stabilire quali garanzie di questo tipo includere nell'area degli *essentialia* del nostro ordinamento. Certamente vi dovrebbe rientrare il diritto alla libertà morale della persona²⁰, previsto dall'art. 188 c.p.p. e ripreso dall'art. 64.2 c.p.p. per l'interrogatorio, che si può considerare quale trasposizione sul nostro terreno probatorio/investigativo del fondamentale e generalissimo principio di tutela della dignità umana. Del pari vi dovrebbero rientrare altri importanti diritti processuali che caratterizzano specifiche tipologie di atti, come il diritto al silenzio e quello alla presenza del difensore all'interrogatorio dell'indagato²¹, o la facoltà di

¹⁸Diversa sarebbe la soluzione se l'autorità di emissione non avesse espressamente richiesto l'impiego di una specifica e diversa modalità esaminatoria: in un caso del genere andrebbe infatti certamente applicata la legge italiana (e quindi l'esame diretto), come si ricava dall'art. 9.1 direttiva, il quale dispone che, ferme le altre condizioni, l'autorità di esecuzione deve assicurare che l'OEI sia eseguito «nello stesso modo e con le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine fosse disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione».

¹⁹Analogamente M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Giapichelli, 2013, p. 133. *Contra* M. CAIANIELLO, *L'O.E.I. dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, *infra*.

²⁰M. DANIELE, *L'ordine*, cit., p. 3; 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, p. 17 ss. Si deve peraltro ricordare che in alcuni casi l'area di applicazione dell'art. 188 c.p.p. può presentare contorni incerti: ciò potrebbe avvenire ad esempio rispetto ad alcune tecniche utilizzate nell'ambito delle neuroscienze.

²¹Per questo riferimento in relazione alle videoconferenze v. M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, *infra*.

astensione dalla testimonianza per i soggetti che ne siano titolari, o ancora la tutela della riservatezza nel caso di intercettazione di comunicazioni e flussi telematici. Ma rimane una ampia zona grigia che rende difficile individuare i contorni precisi della categoria, a meno, s'intende, di rinunciare a qualsiasi distinzione, includendovi *tout court* tutte le regole processuali che il nostro codice prevede in materia probatoria e investigativa.

Il discorso si pone invece in termini alquanto diversi in rapporto alla procedura attiva. In questo caso a venire in gioco è la *lex fori*, per la quale contano sempre le garanzie della persona, ma contano anche i profili gnoseologici e di utilizzabilità dell'atto. In questo contesto, l'obbligo derivante dal principio del mutuo riconoscimento di rispettare le «formalità» e le «procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione» (art. 9.2 direttiva) dovrebbe portare a ritenere necessario l'impiego dell'esame diretto in rapporto all'assunzione all'estero di prove dichiarative richieste dall'Italia.

Si tratta di una conclusione che potrebbe apparire meno sicura in ragione del modo in cui l'art. 33 d.lgs. n. 108 ha dato attuazione alla regola, prevedendo che «l'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine debba concordare con l'autorità di esecuzione le modalità del compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori». Formulazione ambigua, da cui traspare un atteggiamento di eccessiva condiscendenza verso l'autorità di esecuzione, a cui sembra quasi esser attribuito un possibile diritto di veto. Se fosse interpretata in questo modo, la previsione sarebbe tuttavia palesemente contraria alla logica del mutuo riconoscimento e al ruolo di controlimite che, lo ripetiamo, ci sembra di dover riconoscere alla clausola del rispetto dei principi della *lex loci*. Controlimite che – si badi – ha un senso ed è giusto poter opporre solo quando si ponga a presidio di garanzie più elevate di quelle previste dalla *lex fori*, non anche quando implichi un regresso di tutela rispetto alle medesime. Non bisogna dimenticare, del resto, che, ai sensi dell'art. 431 lett. f c.p.p., i verbali degli atti assunti all'estero potranno essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ed essere utilizzabili in Italia a condizione che i difensori siano stati posti in grado di assistervi e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana. È vero che questa regola è stata interpretata in modo inaccettabilmente restrittivo rispetto agli atti compiuti con rogatoria (si è detto che l'inutilizzabilità si verificherebbe solo quando le prove raccolte all'estero siano state assunte in contrasto con «norme inderogabili di ordine pubblico e

buon costume», tra le quali potrebbero non essere comprese quelle previste dal codice di rito, anche in ordine all'esercizio del diritto di difesa)²². Ma sarebbe ancor più sbagliato riferire una così discutibile interpretazione ad uno strumento come l'OEI concepito proprio per superare la penalizzante logica delle rogatorie, incentrata sul rispetto della *lex loci*²³.

4. Il parametro di proporzionalità.

Il terzo ambito in cui l'OEI si affida ai principi è, infine, rappresentato dal giudizio di proporzionalità, chiave di volta dell'intera disciplina dell'istituto.

Esso segna il momento di maggior distacco della disciplina dell'OEI dal modello di legalità normativa di matrice positivista tipico del diritto codificato, imperniato sulla nozione di fattispecie e caratterizzato dalla razionalità formale e dalla logica deduttiva²⁴. Nel controllo di proporzionalità prefigurato dall'OEI viene effettuato un bilanciamento in concreto tra istanze diverse, nella prospettiva di giungere alla soluzione più persuasiva e 'giusta' in rapporto alle peculiarità che presenta una data situazione. Conseguentemente esso richiede l'impiego di una logica argomentativa improntata a razionalità pratica²⁵.

Come specifica l'art. 7 d.lgs., tale giudizio di ponderazione deve mirare ad evitare che l'OEI possa produrre «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

²² Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, *Mills*. Sul punto v. M. DANIELE, *L'ordine*, cit., p. 3 s.

²³ Altro discorso è che l'impiego dell'esame incrociato richiesto dall'Italia possa essere nel caso concreto realizzato con modalità attenuate, o, in caso estremo, addirittura sostituito dall'esame ad opera dell'autorità di esecuzione, a seguito di ulteriori valutazioni legate al test di proporzionalità, in bilanciamento con altri valori.

²⁴ Anche la norma scritta, beninteso, è espressiva di un bilanciamento di valori, che però è effettuato una volta per tutte dal legislatore: esso si "consuma" e si cristallizza in quella norma nel momento stesso in cui la medesima viene creata.

²⁵ Già ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1095, a p. 6 includeva il diritto tra le scienze pratiche il cui fine è l'agire bene, l'agire con giustizia.

della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista». In questa prospettiva, il giudice – o il p.m. quando sia lui a richiedere o a eseguire l'OEI – sono dunque chiamati a trovare la corretta sintesi nel caso concreto tra i valori che fanno capo al principio di autorità (le esigenze probatorie o investigative legate alla cooperazione giudiziaria) e quelli che hanno ad oggetto le garanzie dell'individuo, a loro volta eventualmente suscettibili di bilanciamento reciproco, quando si trovino ad essere tra loro in conflitto.

A tal fine, il principio di proporzionalità richiede di procedere al triplice test, elaborato dalla giurisprudenza tedesca²⁶, ma ormai divenuto patrimonio comune a livello europeo²⁷, se non globale, volto a verificare: a) l'idoneità astratta del mezzo a perseguire un determinato fine, b) la sua indispensabilità per raggiungere quel fine, c) la giustificabilità del sacrificio che quel mezzo impone ai diritti e alle libertà dell'imputato, dell'indagato e delle altre persone coinvolte dal compimento dell'atto, tenendo conto della gravità del reato e della pena²⁸, nonché delle esigenze investigative e probatorie del caso concreto (proporzionalità in senso stretto). Un giudizio progressivo a tre tappe, ognuna delle quali presuppone positivamente risolto il giudizio della tappa precedente.

Si tratta peraltro di valutazioni che presentano un irriducibile margine soggettivo, essendo basate su parametri valoriali non definiti e predefiniti chiaramente in astratto²⁹. Da questo punto di vista, si può dire che il giudizio di proporzionalità fa parte della categoria dei giudizi di equità, intendendo per tali quelli che non sono fondati su una norma positiva che astrattamente preveda come deve essere regolato il fatto.

Il controllo di proporzionalità è svolto ad un duplice livello: anzitutto, in sede di emissione, da parte dell'autorità che richiede l'OEI, e, in seconda battuta, in sede di esecuzione e in funzione di controllo da parte dell'autorità italiana³⁰. Quest'ultima autorità è, peraltro, anche legit-

²⁶ In tema v. per tutti E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, 2005, p. 280 ss.

²⁷ Cfr. l'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali.

²⁸ Anche se il giudizio di proporzionalità prevede una ponderazione di tutti questi vari aspetti, si deve ritenere che il parametro della gravità del reato assuma valore per così dire pregiudiziale, in quanto, di fronte a un reato assolutamente bagatellare l'OEI non potrebbe essere comunque emesso.

²⁹ M. DANIELE, *La triangolazione*, cit., p. 14.

³⁰ Anche se il d.lgs. n. 108 tratta del vaglio di proporzionalità nella sola procedura passiva (art. 7), l'art. 6 comma 1 e il considerando 11 della direttiva 2014/41/UE chia-

timata ad opporre come motivo di rifiuto dell'OEI la presumibile incompatibilità dell'atto richiesto con i diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali; inoltre, sempre la stessa autorità è pure legittimata a eccepire il «controlimite» integrato dai principi della *lex loci*. In altri termini, per quanto qui interessa, l'autorità italiana (p.m. o GIP, a seconda dell'atto da compiere) potrà riconoscere ed eseguire l'ordine solo se ritenga che esso sia «proporzionato» e solo se ritenga che la sua esecuzione non comporti il rischio di una violazione dei diritti fondamentali; inoltre, nell'eseguirlo potrà far prevalere i principi della *lex loci* qualora le prescrizioni dell'autorità emittente fossero in conflitto con i medesimi.

Alla luce di questo variegato insieme di riferimenti quale contenuto si può dare al parametro integrato dai «diritti» e dalle «libertà» dell'imputato, dell'indagato e delle altre persone coinvolte nel compimento dell'atto di cui il giudizio di proporzionalità deve garantire un sacrificio non ingiustificato. Non ci si nasconde l'estrema difficoltà di ricavare anche in questo caso indicazioni probanti alla luce delle generiche espressioni impiegate dal legislatore. Non sembra però neppure corretto concludere che i generici richiami a questi diritti, ai diritti fondamentali di cui all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza, e ai principi del nostro ordinamento siano da intendere come sostanzialmente fungibili e sovrapponibili, se non altro perché si riferiscono a valutazioni distinte³¹. Provando ad abbozzare una soluzione, si potrebbe sostenere che quando sia in gioco un caso di rifiuto dell'OEI si debba prendere in considerazione il rischio che l'esecuzione dell'OEI si ponga in rotta di collisione con la tutela del livello minimo delle garanzie eurounitarie, che è rappresenta-

riscono inequivocabilmente che il test va effettuato in prima battuta dall'autorità di emissione.

³¹ Infatti, l'art. 6 comma 2 del d.lgs. precisa che l'autorità di esecuzione deve dare tempestiva comunicazione a quella di emissione della mancanza delle condizioni per il riconoscimento, dovuta alla presenza di un motivo di rifiuto (compreso il rischio di violazione dei diritti fondamentali), affinché quest'ultima lo possa ove possibile rimuovere; inoltre, secondo l'art. 6 comma 3 del d.lgs., «parimenti» l'autorità di emissione deve essere tempestivamente informata, al fine di valutare l'opportunità di una nuova richiesta o di ritirare l'OEI, del fatto che il contenuto di quest'ultimo non appare proporzionato all'autorità di esecuzione. Infine, l'art. 4 comma 2 del d.lgs. specifica inequivocabilmente che la prevalenza dei principi della *lex loci* sulle prescrizioni dell'autorità emittente potrà essere fatta valere solo in sede di esecuzione dell'ordine, la quale avverrà entro novanta giorni dal decreto di riconoscimento dell'OEI da parte del procuratore della Repubblica: dunque, in un momento sicuramente successivo rispetto alle altre due valutazioni.

to, come si diceva, dal rispetto dei diritti CEDU. Il vaglio di proporzionalità, dal canto suo, dovendo essere effettuato sia dall'autorità di emissione, sia da quella di esecuzione, potrebbe invece orientare verso una duplice soluzione interpretativa. O quella di far leva sulla probabile disomogeneità che i due giudizi di proporzionalità sarebbero destinati a sortire se ognuna di queste autorità ponesse a parametro del controllo le garanzie del proprio ordinamento interno, per concludere che il parametro di riferimento possa essere anche in questo caso rappresentato dai diritti CEDU, in quanto piattaforma comune di tutela³². O, invece, quella di ritenere che ogni autorità debba riferire il giudizio di proporzionalità alle garanzie del proprio ordinamento interno e che, in caso di divergenza, debba prevalere – evidentemente nel controllo operato dall'autorità di esecuzione – il parametro di garanzie più elevato (*maximum standard*). Anche se la prima soluzione può avere il vantaggio di semplificare il giudizio di proporzione, rendendo conseguentemente più facile la cooperazione giudiziaria, la seconda sarebbe certamente la soluzione più garantistica, anche se più complessa, in quanto richiederebbe un delicato lavoro di comparazione. In ogni caso specificamente ancorati al nostro ordinamento sarebbero i diritti garantiti dai principi della *lex loci* che l'autorità italiana di esecuzione può opporre alle prescrizioni di quella di emissione, i quali sarebbero peraltro fatti valere in un momento successivo al vaglio di proporzionalità.

Si diceva, infine, che il giudizio di proporzionalità deve contenere comunque una rigorosa motivazione delle scelte effettuate, sia pure condotta alla stregua di una logica argomentativa. Ciò è in funzione della possibilità di un suo controllo da parte dell'interessato: è questa l'unica occasione che gli è offerta di interloquire sulle scelte effettuate, proponendo opposizione di fronte al GIP. Mancando nel d.lgs. ogni riferimento ai motivi proponibili, rimane infatti ferma la limitazione prospettata dalla direttiva, secondo la quale le «ragioni di merito» dell'OEI sono censurabili solo proponendo un'azione nello Stato di emissione. Ciò implica che nella procedura passiva possa essere contestata solo la legittimità dell'atto, che certamente comprende la sua contrarietà ai diritti fondamentali, ma è da ritenere che possa includere anche il mancato rispetto del canone di proporzionalità³³.

³² In questo caso naturalmente non verrebbe in gioco una questione di «incompatibilità» con i medesimi, ma solo una questione di giustificabilità di una loro compressione.

³³ Analogamente E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, *infra*.

II

L'OEI DALLA DIRETTIVA
AL DECRETO N. 108 DEL 2017

di Michele Caianiello

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un approccio integrato. – 3. L'impronta del mutuo riconoscimento. – 4. Il doppio controllo di legalità in relazione al diritto probatorio. – 5. Il permanere di alcune condizioni caratteristiche del modello tradizionale di assistenza legale. – 6. Il ruolo propositivo attribuito alla difesa nel sistema dell'OEI e la possibilità di acquisire dichiarazioni all'estero. – 7. L'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni: il perdurante contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia sui limiti a tale forma di intrusione. – 8. Ricadute sul tema della ammissione e acquisizione probatoria: le ragioni contrarie. – 9. Le possibili interferenze con i diritti probatori nazionali. – 10. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Lo scopo del presente contributo è di esaminare la disciplina dell'ordine europeo di indagine penale (OEI), in una lettura integrata tra il decreto legislativo di attuazione, approvato dal Governo nella estate del 2017, e il testo della direttiva 2014/41/UE.

L'obiettivo che ci si propone è di prendere in considerazione gli aspetti più rilevanti della riforma. Non si intende dunque condurre una analisi esaustiva di tutto il dettato normativo recentemente introdotto nel nostro sistema, quanto piuttosto una lettura orientata a mettere in evidenza i caratteri salienti della nuova materia: il fine è quello, in prospettiva, di indicare una via per le questioni che, con il tempo, dovessero emergere dalla prassi, al momento difficili da prevedere, considerata l'ampiezza del settore nel quale le nuove fonti intervengono.

Inoltre, si desidera provare a capire se il nuovo assetto prodotto dall'OEI abbia le potenzialità per interferire con il diritto delle prove del-

l'ordinamento italiano; più in generale, se lo strumento in questione, concepito formalmente al solo fine di facilitare la cooperazione tra Stati nell'ambito della raccolta e scambio di informazioni, celi *in nuce* la capacità di sviluppare un metodo probatorio in grado di favorire l'armonizzazione del *law of evidence* tra i diversi Paesi membri dell'Unione europea.

2. *Un approccio integrato.*

Con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 il Governo ha dato attuazione alla delega ricevuta due anni prima dal Parlamento (legge 9 luglio 2015, n. 114), recependo all'interno dell'ordinamento italiano la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale. Il risultato ha consentito, da un lato, di rispettare quasi in pieno i tempi richiesti dall'Unione (il termine di scadenza della direttiva era fissato per il 22 maggio 2017); dall'altro, di estendere il metodo del mutuo riconoscimento alla cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, mentre, sino a poco fa, esso era rimasto, nel nostro sistema, quasi esclusivamente relegato alla materia *lato sensu* estradizionale¹. A tal proposito, occorre rimarcare come la ratifica della direttiva OEI sia giunta all'esito di un biennio di intenso lavoro da parte del legislatore che è riuscito a introiettare all'interno dell'ordinamento un vasto novero di fonti UE rimaste, per lungo tempo, inattuate².

¹ Il riferimento corre non soltanto alla legge n. 69 del 2005, recettiva della decisione quadro sul mandato di arresto europeo (MAE), ma anche al d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, relativo al reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

² In particolare, nel periodo tra il 2015 e il 2017 sono stati recepiti all'interno del nostro sistema i provvedimenti europei di sequestro e confisca (d.lgs. 7 agosto 2015; d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35; d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202), l'ordine di protezione europeo (d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9), gli strumenti di prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29), le decisioni di condanna a sanzioni pecuniarie e le decisioni di sospensione condizionale della pena (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 37; d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38), le ordinanze cautelari personali di tipo non detentivo (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36), le squadre investigative comuni (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), lo scambio dei dati estratti dai casellari giudiziari (d.lgs. 12 maggio 2016, n. 74) e numerosi altri istituti della cooperazione, a seguito della recente ratifica ed attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati

In sostanza, diversamente dal contesto nel quale fu recepita la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il Governo, e la Commissione da esso nominata, hanno agito con il fine di favorire un accoglimento ampio del modello ispirato al mutuo riconoscimento, pur mantenendo saldo l'intento di preservare i principi fondanti del nostro sistema (quelli consacrati in Costituzione, ma anche quelli delle Carte europee) nonché il metodo della proporzionalità. Il dato merita di essere sottolineato, dal momento che, sul piano giuridico, la raccolta e lo scambio di prove pongono problemi più complessi dell'arresto e della consegna delle persone, risultando coinvolte regole legali più articolate e difformi fra le diverse tradizioni statuali³.

Lo sforzo del legislatore si segnala inoltre non solo sul piano quantitativo, considerata la ratifica delle numerose fonti che erano rimaste inattuata, ma anche su quello qualitativo, essendo teso a dar vita ad un quadro normativo uniforme, auspicabilmente in grado di mantenere una certa stabilità con il trascorrere del tempo⁴.

membri UE del 29 maggio 2000 (d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52). Sul punto cfr. la compiuta analisi di G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 s. V. anche Id., *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, in *Cass. pen.*, 2016, (suppl. al vol. LVI), p. 5 s.; AA.VV., *Cooperazione giudiziaria: le novità del recepimento delle fonti sovranazionali*, a cura di L. KALB, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 989 s.

³ Vale la pena, a tal proposito, ricordare le osservazioni che pochi anni fa J. SPENCER esprimeva, in merito alla possibilità per l'Unione di dotarsi di uno strumento unico di ammissione e circolazione della prova: «MR works well in the context of extradition, it will not necessarily work so well in the context of evidence-gathering – or indeed of freezing assets. The reason is that extradition involves something which in all countries is essentially the same. State A says to State B “X is wanted in our country for trial, or to serve a sentence. Please will you arrest him and send him to us?” and State B, if the offence is grave enough, will do so. But collecting evidence – or at any rate, collecting it by coercive means from those who would prefer not to provide it – is something about which the rules differ widely from one State to another». (J. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 603. Rimarca il problema anche 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. 14. V. anche A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3^a ed., Intersentia, 2016, p. 309-310; R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 3^a ed., 2017, p. 406.

⁴ Sottolinea il dato E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine-EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44.

Va a tal proposito tenuto presente che un'altra legge delega, adottata a un anno di distanza da quella relativa al recepimento dell'OEI (la legge 21 luglio 2016, n. 149), attribuiva al Governo l'incarico di provvedere anche alla riscrittura del Libro XI del codice di procedura penale, per le ipotesi di cooperazione non regolate da convenzioni, trattati o fonti pattizie *ad hoc*⁵. L'occasione era dunque propizia, ferma restando la notevole difficoltà di agire in tempi ristretti⁶, per provare a predisporre un tessuto normativo capace di fungere da guida per le questioni lasciate irrisolte dalle specifiche disposizioni di legge. La materia della cooperazione giudiziaria, infatti, appare nel momento storico attuale in continuo divenire, e tale da rendere assai ardua una legiferazione capace di rimanere stabile e di presentarsi come esaustiva: si pensi, a tal proposito, alla necessità, che in pochi anni occorrerà affrontare, di adattare il nostro ordinamento al regolamento istitutivo del Pubblico ministero europeo⁷. In un contesto

⁵Va rimarcato per la verità che l'art. 4 comma 1 lett. a legge n. 149 del 2016 disponeva che venisse riformato il Libro XI ben più a fondo: «Il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del libro XI del codice di procedura penale [...]nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che: 1) nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale. Se anche tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme del libro XI del codice di procedura penale».

A fronte di una delega così ampia, la Commissione riteneva di introdurre nel codice solo le previsioni generali relative al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione europea, lasciando al di fuori le normative specifiche di recepimento delle singole fonti. Cfr. in proposito, per una ricostruzione più puntuale, N. TRIGGIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149. La ratifica della Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, le deleghe al Governo per la sua attuazione e per la riforma del libro XI del c.p.p., le modifiche in tema di estradizione*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 1 s.

⁶La Commissione veniva nominata dal Ministro della Giustizia con decreto del 15 dicembre 2015; il termine lavori per la Commissione era poi fissato originariamente per fine aprile 2016. Successivamente intervennero alcune proroghe che hanno consentito il protrarsi dei lavori sino all'autunno dello stesso anno.

⁷Come noto, con il regolamento 12 ottobre 2017, n. 2017/1939/UE, il Consiglio