

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo III

a cura di Marcello Maggiolo e Giovanni Maria Uda

Omar Chessa, Michele M. Comenale Pinto,
José Ramón de Verda y Beamonte, Gian Paolo Demuro,
Francesco Falchi, Paolo Fois, Giovanni Lobrano,
Alessandra Manunta, Maria Riccarda Marchetti,
Mauro Orlandi, Simone Pajno, Salvatore Patti,
Pietro Pinna, Silvio Sau, Francesco Sini,
Enzo Vullo.

XXVI

2021-1

INSCHIBBOLETH

Gennaio - Giugno

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Maria Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di To-

losa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Salvatore MISTRETTA, Enrico NIEDDU, Edoardo PINNA, Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Volume finanziato con il contributo dei Fondi Progetto PON “Just Smart”.
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sassari



Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-317-4

© 2022, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2021, gennaio-giugno, arretrato, pubblicato online il 27 ottobre 2022.

INDICE

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile
Tomo III

OMAR CHESSA, <i>Insularità e autonomia come battaglie distinte ma complementari</i>	p. 11
MICHELE M. COMENALE PINTO, <i>Il «diritto vivente» e l'autonomia del diritto della navigazione. Interrogativi agli albori del Terzo Millennio</i>	p. 17
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, <i>La reciente reforma legal en materia de discapacidad en España</i>	p. 79
GIAN PAOLO DEMURO, <i>L'interpretazione sistematica nel diritto penale</i>	p. 111
FRANCESCO FALCHI, <i>La rinuncia del papa: la formazione della norma che la prevede</i>	p. 149
PAOLO FOIS, <i>La Sardegna e l'Europa. La centralità della questione insulare negli interventi di Mario Segni al Parlamento europeo</i>	p. 171
GIOVANNI LOBRANO, <i>Per ri-pensare giuridicamente le "Città" e, quindi, l'«Impero»: i «Concili provinciali»</i>	p. 177
ALESSANDRA MANUNTA, <i>La rinuncia del chiamato possessore dei beni ereditari e la redazione dell'inventario (artt. 485 e 519 c.c.)</i>	p. 207
MARIA RICCARDA MARCHETTI, <i>L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna</i>	p. 231
MAURO ORLANDI, <i>Silentium legis</i>	p. 251

SIMONE PAJNO, <i>Principi, regole e clausole generali nel diritto costituzionale del bilancio</i>	p. 275
SALVATORE PATTI, <i>La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive</i>	p. 325
PIETRO PINNA, <i>La realtà rappresentativa delle organizzazioni umane</i>	p. 335
SILVIO SAU, <i>La tutela linguistica della vittima alloglotta: riflessioni a margine del d.lgs. 212/2015</i>	p. 357
FRANCESCO SINI, <i>Notazioni su santità, religione, diritto in Roma antica</i>	p. 365
ENZO VULLO, <i>L'intervento su istanza di parte per "comunanza di causa": norme, dottrina e giurisprudenza</i>	p. 389

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo III

L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna

Maria Riccarda Marchetti

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le disposizioni generali. – 3. L'estradizione: il procedimento passivo. – 4. L'estradizione attiva. – 5. Le rogatorie passive. – 6. Le rogatorie attive. – 7. Il riconoscimento della sentenza straniera e l'esecuzione all'estero di quella italiana. – 8. Il trasferimento dei procedimenti.

1. Premessa

L'evoluzione che connota il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, sebbene con riguardo soprattutto ai rapporti disciplinati all'interno dell'Unione europea, ha spinto il legislatore ad intervenire anche sul tessuto codicistico con l'intento di adeguare la normativa *de qua* alle mutate esigenze che si vanno manifestando sul piano internazionale; in altre parole, dopo oltre un decennio di sostanziale immobilismo¹, il legislatore sembra finalmente essersi “ricordato” che il codice di procedura penale si compone anche di un Libro XI la cui parziale arretratezza poteva rendere gravosa la ratifica degli accordi di recente stipulati, richiedendo, almeno in alcuni settori, una disciplina di collegamento che la normativa disegnata originariamente dal codice del 1989 non contemplava.

Si giunge così il 21 luglio 2016 all'adozione della legge delega (l. n. 149/2016) il cui scopo è quello di modernizzare gli istituti del Libro XI al fine di rendere la cooperazione più efficiente e almeno in parte, più rispettosa dei diritti dei soggetti che vi sono coinvolti. La legge *de qua*, peraltro, non si limita soltanto a fornire le direttive alle quali attenersi nel modificare la normativa codicistica, ma riguarda anche la ratifica della Convenzione di assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (MAP)², oltre a provvedere alla novazione di alcune norme in tema di estradizione.

¹ Dopo le modifiche del 2001 i pochi interventi non hanno riguardato la normativa codicistica, ma il recepimento di alcuni provvedimenti normativi dell'Unione europea tra i quali di particolare rilevanza quello sul mandato di arresto europeo.

² La MAP, entrata in vigore il 22 febbraio 2018, al pari di altre convenzioni, era stata pron-

Torniamo per ora alla legge delega il cui obiettivo, lo si è appena detto, è quello di razionalizzare e per ciò stesso rendere più efficienti i vari istituti con particolare riguardo all'assistenza giudiziaria la cui «inadeguatezza [...] a fronte di una criminalità, specialmente quella organizzata, che ha esteso il raggio di azione ben oltre i confini del territorio di un singolo Stato e che sa ben sfruttare tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie di comunicazione e di gestione dell'informazione»³, rende ineludibile una modifica di tale settore. Appare subito evidente come il maggior interesse del legislatore delegante riguardi l'ambito delle rogatorie per le quali sono dettate una serie di direttive che dovrebbero semplificare ed accelerare il relativo procedimento interno (rogatorie passive), affidarne l'esecuzione, anche sotto il profilo della accoglibilità della relativa richiesta, ad un organo diverso dalla corte d'appello, snellire ove possibile le modalità di trasmissione e disciplinare una serie di attività che ricorrono ormai di regola nelle più recenti convenzioni.

Anche per quanto attiene all'extradizione si registrano alcuni interventi da porre in essere e che riguardano anzitutto una più precisa ripartizione dei poteri spettanti al ministro della giustizia e all'autorità giudiziaria, nonché – per il versante attivo dell'istituto – la riformulazione del principio di specialità al fine di coniugare la stretta osservanza dello stesso, come delineato dalla normativa sovranazionale, con le esigenze processuali interne.

Molto più sobria la regolamentazione del riconoscimento delle sentenze straniere e dell'esecuzione all'estero di quelle italiane, nonché del trasferimento dei procedimenti: un nuovo istituto, ovviamente solo con riguardo al suo inserimento nel codice, che in effetti è stato opportuno disciplinare.

2. *Le disposizioni generali*

Vediamo ora più in dettaglio le varie modifiche iniziando dall'art. 696 che è stato innovato sotto il profilo del richiamo specifico alla normativa dell'Unione europea. Più precisamente il legislatore ha ritenuto necessario fare esplicita menzione del Trattato sull'Unione europea, di quello sul funzionamento della stessa nonché degli atti normativi adottati in loro attuazione, precisando poi che, ove questi manchino o non dispongano diversamente si applicano le nor-

tamente sottoscritta al momento della sua apertura alla firma e poi, secondo un'abitudine forse non solo italiana, accantonata sebbene a suo tempo la Commissione ministeriale nominata nel 1999 per la ratifica, anch'essa assai tardiva, di alcune convenzioni avesse provveduto a predisporre lo schema di decreto legislativo per la sua implementazione debitamente presentato nell'autunno del 2000. Sulla Convenzione v. N. TRIGGIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1. Oltre alla ratifica la legge della quale si parla ha pure fornito le direttive per la relativa implementazione.

³ In tal senso la relazione al d.d.l. 2813/2015.

me delle convenzioni in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale. Inoltre, nel caso di assenza della normativa internazionale – ovvero allorché questa non detti una diversa disciplina – si seguiranno le disposizioni del codice. Si conferma così la funzione residuale della normativa interna, ma attraverso un duplice passaggio: dalle disposizioni europee a quelle pattizie e di diritto internazionale generale e, da ultimo, alle prescrizioni codicistiche. Quanto disposto lascia tuttavia un po' perplessi considerato che i due trattati richiamati nominalmente sono comunque delle convenzioni e gli "atti normativi" menzionati necessitano di una regolamentazione *ad hoc* che ne trasponga integralmente il contenuto nel nostro ordinamento, sicché non pare che averli indicati nell'art. 696 aggiunga qualcosa a quanto in precedenza previsto⁴. Ben vero che se l'articolo in questione ha una funzione ricognitiva e pedagogica⁵, ricordare che per i Paesi membri dell'Unione opera una specifica disciplina può forse essere di una qualche utilità. Resta comunque il fatto che appare dubitabile si possa integrare la disciplina dei surrichiamati "atti normativi" con le norme del codice salvo che nell'implementarli si scelga di rinviare ad alcune norme del Libro XI⁶. Ma la formulazione normativa riguarda la possibilità di un'integrazione ove sussista una lacuna, ed è questo che non pare convincente.

Le disposizioni generali sono state poi decisamente arricchite da una serie di norme – è il Titolo I *bis* – che riguardano il principio del reciproco riconoscimento e che costituiscono la trasposizione di quanto indicato dalla legge delega⁷. Orbene, a parte la dichiarata prevalenza del diritto dell'Unione europea, oltre che delle convenzioni e delle norme internazionali generali, di cui all'innovato art. 696, quanto al mutuo riconoscimento, ritenuto oggi "principio cardine del sistema"⁸, sono state inserite varie disposizioni riguardanti alcuni

⁴ In realtà nella versione dell'art. 696 ora innovata era stato inserito un richiamo espresso alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria (C.e.a.g.) – scomparsa dal testo attuale – che, come rimarcato dalla dottrina, era privo di qualsiasi significato. Sul punto v. A. ANZON, *Il nuovo regime delle rogatorie internazionali tra problemi interpretativi e censure di incostituzionalità*, in *Rogatorie internazionali e dintorni*, a cura di R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, Torino 2002, 19. D. CARCANO, *Quel richiamo superfluo alla convenzione del '59*, in *Guida dir.*, 2001, p. 42, 48 che la definisce una disposizione per davvero inutile; F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie: ovvero l'arte della mannaia*, in *Dir. e giust.*, 2001, p. 43.

In verità la Commissione ministeriale (nominata con d.m. del 15 dicembre 2015) incaricata di predisporre gli schemi di decreti legislativi per la normativa di attuazione della MAP, per l'implementazione dell'OEI e per le modifiche al Libro XI (da ora Commissione ministeriale), ritenendo superfluo menzionare la normativa dell'Unione europea, aveva lasciato sostanzialmente invariato l'articolo in questione limitandosi ad eliminare il superfluo richiamo alla C.e.a.g.

⁵ F. MOSCONI, *Commento all'art. 696*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, vol. VI, Torino 1991, p. 680.

⁶ Come in parte avvenuto con il mandato di arresto europeo per il quale si è prevista, ad esempio, l'applicazione degli artt. 702 e 709 c.p.p.; rinvio che sarebbe stato comunque possibile.

⁷ Sulla legge delega v. F. RUGGIERI, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito il topolino?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p.310.

⁸ In tal senso E. SELVAGGI, *Quel "restyling" che facilita la ricerca di chi è latitante*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 67.

aspetti dei quali il più rilevante è l'obbligo di eseguire le decisioni degli altri Stati membri senza sindacarne il merito (art. 696 *quinquies*) che rappresenta il *clou* del principio in questione; fermo restando che il riconoscimento e l'esecuzione trovano un limite nella tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 696 *ter*), seguono altre prescrizioni relative – e solo per citarne alcune – alla trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, alla necessità che le decisioni siano adottate con la massima urgenza al fine di garantirne la tempestività e l'efficacia, all'impugnabilità – di regola senza effetto sospensivo – delle decisioni di riconoscimento, alla tutela dei terzi di buona fede: in altre parole una sorta di elencazione dei principi di solito ricorrenti negli strumenti normativi dell'Unione. Ci si domanda allora quale possa essere la loro utilità in concreto, salvo forse ritenere che le stesse possano costituire una chiave di lettura di quelle sovranazionali ovvero essere inserite nella normativa di recepimento anche se non contemplate nel provvedimento da implementare e purché non in contrasto con il suo contenuto. Da notare che, pur essendo il Titolo I *bis* dedicato al mutuo riconoscimento, non vi è una definizione dello stesso: una scelta decisamente opportuna dal momento che questa non compete ai singoli Stati dell'Unione europea.

Oltre l'inserimento *ex novo* del quale si è appena detto, il legislatore – seguendo le direttive della legge delega alla quale è da ascrivere anche l'ampiezza delle novazioni – ha modificato gli istituti del Libro XI c.p.p. limitandosi in alcuni casi a brevi inserimenti, ovvero apportando cospicue variazioni in particolare, lo si è già detto, con riguardo alle rogatorie che sembrano costituire il settore di maggiore interesse del legislatore delegante. Vediamole seguendo l'ordine delineato dal codice.

3. *L'estradizione: il procedimento passivo*

Premesso che alcune modifiche sono contenute nella l. 21 luglio 2016, n. 149 che, oltre ad impartire le direttive alle quali attenersi nell'emendare la normativa *de qua*, ha provveduto direttamente ad innovare alcuni articoli tra i quali l'art. 698 il cui comma 2, relativo all'estradizione per reati punibili o puniti, con la pena di morte, è stato rivisitato per renderlo compatibile con la decisione della Corte costituzionale 223/1996⁹ che ne aveva a suo tempo dichiarato l'incostituzionalità. Si è così stabilito che l'estradizione può in tale ipotesi concedersi solo quando si accerti che è stata adottata una decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena capitale ovvero, se inflitta, sia stata commutata in una pena diversa: vale a dire che nel caso in questione non sarà possibile concedere l'estradizione processuale con le inevitabili difficoltà

⁹ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 223, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3258 con nota di G. DIOTALLEVI, *Esclusa l'estradizione per i reati puniti con la pena di morte*.

connesse ad una tale scelta¹⁰. Va peraltro detto che dopo la sentenza costituzionale sopra richiamata che aveva dichiarato l'illegittimità della disposizione ritenendosi la formula utilizzata dal legislatore – assicurazioni sufficienti che la pena capitale non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita – del tutto inidonea in quanto il divieto contenuto nell'art. 27 comma 4 Cost. impone una garanzia assoluta, l'extradizione processuale in simili ipotesi non era comunque ammissibile¹¹.

L'ulteriore modifica effettuata dalla legge sopra richiamata riguarda l'art. 708 e più precisamente attiene alla sospensione del decorso del termine per la consegna allorché sia stato presentato ricorso avverso il provvedimento ministeriale di sospensione. Termine che riprende a decorrere sia quando il provvedimento cautelare venga revocato ovvero venga accolto il relativo gravame, sia nelle ipotesi di rigetto del ricorso stesso o di dichiarazione di estinzione del giudizio (art. 708 comma 5); a questa si collega anche il comma 4 *bis* dell'art. 714 che stabilisce, nel caso di ricorso amministrativo, la sospensione del termine di revoca delle misure coercitive. Si tratta all'evidenza di due interventi che sono stati ritenuti decisamente urgenti, il secondo dei quali risponde «all'esigenza di colmare una lacuna normativa, in più occasioni segnalata anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione»¹².

¹⁰ Non è infatti neppure possibile utilizzare la c.d. estradizione temporanea che trova applicazione soltanto quando l'extradizione sia stata concessa ma ne venga rinviata l'esecuzione (art. 709).

¹¹ Sulla decisione della Corte, anche per le ipotizzabili soluzioni, v. tra i tanti, V. GREVI, *Il divieto costituzionale della pena capitale impone "garanzia assoluta" in sede di estradizione*, in *Guida dir.*, 1996, n. 28, p. 73; M.R. MARCHETTI, *Estradizione e pena di morte: cent'anni di polemiche*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1039; P. PISA, *Reati puniti con la pena di morte e collaborazione internazionale: la ricerca di una soluzione*, *ivi*, p. 1035; M. PISANI, *Pena di morte ed estradizione nel trattato Italia-Usa: il caso Venezia*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 671.

Per la verità la Commissione ministeriale, ben consapevole dei problemi derivanti dalla impossibilità di estradizione processuale, aveva proposto l'inserimento di un ulteriore comma che stabiliva potersi concedere l'extradizione processuale nell'ipotesi in cui la convenzione applicabile imponesse l'obbligo di commutazione ritenendosi che in tal caso fosse impossibile per lo Stato richiedente applicare la pena capitale. Sul punto cfr. l'art. IX del nuovo Trattato di estradizione con gli USA (entrato in vigore il 1° febbraio 2010), il quale prevede che la pena di morte non potrà venire inflitta o se inflitta non verrà eseguita ed il rispetto di tale condizione è vincolante per lo Stato richiedente: come dire che la commutazione rappresenta un obbligo ineludibile. Tuttavia, il legislatore non ha aderito alla proposta della Commissione ministeriale, e la formulazione del comma 2 dell'art. 698 non consente l'extradizione processuale neppure in questo caso posto che è necessario il provvedimento di commutazione ovvero una sentenza irrevocabile che non applichi tale pena.

¹² Così la relazione al d.d.l. 2813. In effetti la giurisprudenza aveva adottato contrastanti interpretazioni e da ultimo, forse a seguito della decisione delle sezioni unite riguardante però l'art. 709 (Cass., sez. un., 28 novembre 2006, Stosic, in *Cass. pen.*, 2007, p. 979 con nota di E. APRILE, *Termini di durata della custodia cautelare nel caso di sospensione dell'extradizione per l'estero: le Sezioni Unite risolvono ogni incertezza interpretativa*, 987), si era ritenuto che non essendo previsto l'intervento del giudice amministrativo come causa di sospensione o proroga dei termini di durata della misura coercitiva, l'estradando dovesse essere rimesso in libertà: Cass., sez. VI, 20 marzo 2007, Cipriani, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1417; Cass., sez. VI, 6 dicembre

Torniamo ora alle modifiche derivanti dalla legge delega tendenzialmente volte ad attuare una maggiore tutela dell'estraddando e ad imporre più nette scansioni temporali al fine di imprimere maggiore rapidità al procedimento di estradizione passiva. Anzitutto si prevede una più precisa ripartizione di competenze tra il ministro e l'autorità giudiziaria, spettando al primo la valutazione circa la possibilità di rifiutare l'extradizione quando questa comprometta sovranità, sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato. Come dire che il vaglio in ordine alle condizioni cui l'istituto è subordinato compete all'autorità giudiziaria, salvo che l'interessato abbia prestato il suo consenso: in tale ipotesi, infatti, anche l'esame circa la sussistenza delle cause ostative è affidato al ministro. Una scelta ovvia posto che l'extradizione consensuale comporta l'elisione della fase di garanzia giurisdizionale. Piuttosto nonostante la ripartizione di competenze della quale si è appena detto la formula utilizzata "altri interessi essenziali dello Stato" per la sua sostanziale indeterminatezza consente comunque uno "straripamento" della cognizione del ministro riproponendo così, seppure in termini più contenuti, quella sovrapposizione di «valutazioni riferite ai medesimi parametri»¹³.

Sia come sia, tra i poteri del ministro rientra anche quello di rifiutare l'extradizione del cittadino e si sono individuati dei criteri per regolarlo: gravità del fatto, rilevanza degli interessi lesi dal reato e condizioni personali dell'interessato. Per vero anche anteriormente alla modifica la decisione era ritenuta di esclusiva competenza del ministro; tuttavia, in mancanza di qualsivoglia indicazione del legislatore la relativa scelta era rimessa *in toto* al suo potere discrezionale.

Per quanto riguarda poi il problema della lentezza del procedimento di estradizione passiva sono stati posti dei termini entro i quali devono svolgersi le diverse attività in precedenza lasciate all'ipotetica solerzia dell'autorità giudiziaria: l'unico limite previsto riguardava, infatti, la rimessione in libertà dell'estraddando allorché la fase giurisdizionale non si fosse conclusa entro un anno e sei mesi prorogabili di ulteriori tre mesi nel caso di accertamenti di particolare complessità. Trattandosi di un intervallo temporale di eccessiva ampiezza e considerato che i termini appena richiamati riguardavano esclusivamente la revoca delle misure coercitive e non la conclusione del procedimento, si è ritenuto opportuno individuare precise scansioni temporali entro le quali l'attività deve svolgersi; si è così stabilito che il ministro nel caso in cui dia corso alla domanda, la trasmette entro trenta giorni al procuratore generale competente, il quale a sua volta deve presentare le proprie requisitorie nei successivi trenta giorni. Parimenti un termine di sei mesi è stato imposto alla Corte di appello e a quella di cassazione per la relativa decisione. È evidente che si tratta di termini ordinatori, né del resto avrebbe potuto farsi una diversa

2008, Imperiale, *ivi*, 2009, p. 1087 con nota di E. APRILE, *Perenzione della misura cautelare nella fase ministeriale della consegna dell'estraddando e inapplicabilità dell'art. 307, c. 1, c.p.p.*

¹³ Relazione al d.d.l. 2813.

scelta, ma il fatto stesso di averli posti dovrebbe comportare un'accelerazione del procedimento che oggi dovrebbe concludersi al massimo entro quattordici mesi; a questi si aggiungono i tempi per la decisione ministeriale sulla consegna e quelli relativi alla stessa allorché l'estradizione venga concessa. Non solo: il decreto di estradizione è impugnabile davanti al giudice amministrativo che, ove presentato, determinerà un ulteriore rinvio. Siamo quindi ben lontani da quanto previsto per l'esecuzione del mandato di arresto europeo, ma la diversa articolazione dei due procedimenti inevitabilmente implica una differenza sensibile anche dei tempi di esecuzione.

In realtà perché l'estradizione passiva si svolga entro un periodo temporale contenuto sarebbe necessario modificarne radicalmente la struttura delineando, se non un procedimento esclusivamente giurisdizionale, uno bifasico: vale a dire la prima fase rimessa al ministro per le valutazioni di sua competenza e la seconda affidata all'autorità giudiziaria che ovviamente si conclude con una sentenza da eseguire, se favorevole, mediante consegna dell'estradando. Si eviterebbero così le lungaggini inevitabilmente connesse all'ulteriore intervento ministeriale e – venendo meno il decreto di estradizione – l'ulteriore eventuale ricorso dinanzi al giudice amministrativo con una forse anche sensibile riduzione dei tempi di svolgimento del procedimento del quale si parla¹⁴.

Il legislatore delegante però non ha ritenuto opportuno un intervento più incisivo, preferendo evidentemente mantenere lo *status quo*, e dunque ci si è limitati a qualche “ritocco” nella speranza che almeno i termini individuati vengano rispettati.

Da segnalare, infine, sotto il profilo delle maggiori garanzie previste per l'estradando, come si sia finalmente stabilito che il procuratore generale deve procedere al suo interrogatorio e che l'eventuale consenso all'estradizione e la rinuncia al principio di specialità debbano, per essere validi, venir resi con la necessaria presenza del difensore. Oltre ad alcune rettifiche di carattere prevalentemente lessicale ed alla correzione nell'art. 716 del termine per la convalida dell'arresto provvisorio effettuato dalla polizia giudiziaria¹⁵, queste sono in sintesi le principali modifiche all'estradizione passiva che rappresentano certamente un miglioramento dell'istituto sia, come detto, con riguardo ai diritti della persona della quale è chiesta la consegna, sia – ma questa è soprattutto una speranza – sotto il profilo dei tempi entro cui il relativo procedimento dovrebbe concludersi.

¹⁴ Chi scrive aveva in tempi ormai remoti già segnalato l'opportunità di un procedimento limitato a due stadi che sembrava più razionale e rispettoso anche dei diritti dell'estradando: M.R. MARCHETTI, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova 1990, p. 299, nt. 64.

¹⁵ Dal momento che la dizione normativa nell'individuare il termine entro cui effettuare la convalida indicava novantasei ore dall'arresto che non coincide con quello previsto dall'art. 13 comma 3 Cost. si è provveduto alla relativa rettifica.

4. *L'estradizione attiva*

Più ampie e incisive le novazioni in tema di estradizione attiva per la quale si è opportunamente individuata la natura del principio di specialità. Sebbene la previsione della delega avrebbe consentito una migliore articolazione del principio *de quo*, il legislatore ne ha operato un opinabile ridimensionamento. Anzitutto, si è voluta mantenere la discutibile ed impropria definizione della regola della quale si parla e che già a suo tempo era stata ampiamente criticata in quanto non rispondente alla normativa pattizia, che pur nelle diverse formulazioni utilizzate faceva riferimento sia al processo che all'esecuzione della pena, e rispetto alla quale costituiva un ingiustificabile arretramento. È evidente come al momento di redazione del codice l'opinione della giurisprudenza aveva prevalso ed oggi ad oltre trent'anni di distanza ha continuato a prevalere. Il principio resta così limitato al divieto di esecuzione di atti coattivi nei confronti dell'estradato con la precisazione che, ove le convenzioni internazionali¹⁶ o le condizioni poste prevedono il divieto di giudicare – vale a dire sempre –, il giudice se l'azione penale è stata esercitata, dispone la sospensione del processo.

Non solo, posto che il principio costituisce, per espressa indicazione del legislatore delegante, una causa di sospensione avrebbe dovuto agire fin dalla fase delle indagini preliminari poiché la sua operatività è legata al momento in cui l'estradato rientra nel territorio dello Stato; dunque, essendo la sospensione legata a questo fattore, il procedimento dovrebbe “bloccarsi” nella fase in cui si trova quando si realizza il menzionato rientro. Nonostante ciò, il legislatore parrebbe aver deciso che la sospensione non opera nella fase delle indagini, ma riguarda soltanto il processo: *id est* dopo che sia stata esercitata l'azione penale. Quanto discutibile e scorretta sia questa scelta non abbisogna di sottolineature ma il principio viene evidentemente tuttora considerato un ingiustificabile limite all'esercizio del potere giurisdizionale sicché – non potendo essere eliminato – va compresso il più possibile¹⁷. Peraltro, poiché l'art. 721 comma 2 stabilisce che «il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo se l'azione penale è stata esercitata», ci si domanda cosa avviene nel caso in cui non vi sia ancora stato tale esercizio. Per dirla diversamente ci si chiede se – stante la precisazione – non sia tuttora possibile sostenere che anche prima di tale esercizio sia ipotizzabile la sospensione. Tuttavia, sebbe-

¹⁶ Merita sottolineare che l'unica convenzione internazionale che, al tempo di redazione del codice, prevedeva soltanto il divieto di atti coattivi – la formula utilizzata era «non potrà essere arrestato per nessun altro fatto» – era il Trattato Italia-Messico del 1899, ora sostituito dal Trattato del 28 luglio 2011 il cui art. 10 prevede che per il fatto anteriore diverso la persona non possa essere «sottoposta a procedimento penale, giudicata, detenuta ai fini dell'esecuzione di una condanna, né sottoposta a qualsiasi altro provvedimento restrittivo della libertà personale»: insomma il “solito” principio di specialità.

¹⁷ In verità anche in sede di Commissione ministeriale vi era stato un acceso dibattito ma poi era prevalsa l'opinione più corretta sicché la norma era stata redatta in maniera assai diversa da quella approvata.

ne questa sarebbe – come sopra detto – l'interpretazione più corretta, pare dubitabile che possa venire accolta.

Restano naturalmente le usuali cause di purgazione del principio e si ha cura di precisare che la sospensione non può essere impeditiva né del proscioglimento dell'interessato, né dell'assunzione di prove non rinviabili e del compimento degli atti urgenti. Del resto, posto che la regola non costituisce una causa di perenne immunità, è del tutto ovvio che si salvaguardino gli elementi probatori in vista della ripresa del processo.

Si è, inoltre, provveduto a disciplinare un aspetto di notevole rilevanza qual è quello legato alla possibilità di richiedere l'estradizione suppletiva che necessita della medesima documentazione di quella principale: vale a dire che è necessario disporre un provvedimento coercitivo custodiale che a seguito della sospensione non potrebbe venire assunto. Si stabilisce così che ai soli fini della richiesta di estensione è possibile adottare l'ordinanza che dispone la custodia cautelare fermo restando che debbono comunque sussistere i gravi indizi di colpevolezza. In altri termini, si è voluto evitare, a tutela dell'interessato, che la strumentalità del provvedimento coercitivo ne consentisse l'emissione pure in mancanza del necessario presupposto.

Ed è proprio per garantire l'imputato, ed al contempo per irrinunciabili esigenze di ottemperanza alla normativa codicistica in tema di misure cautelari, che la conferma dell'ordinanza – la cui esecuzione è ovviamente sospesa in pendenza della decisione sull'estensione – nel caso di concessione di quest'ultima è subordinata all'esistenza di tutte le condizioni previste dalla legge: *id est* la sussistenza di esigenze cautelari che non vengono evidentemente prese in considerazione al momento della sua emissione, stante la specifica finalità cui la stessa è subordinata.

Un'ulteriore innovazione, resa necessaria da un risalente intervento della Corte costituzionale¹⁸, riguarda il computo della custodia sofferta all'estero e la sua incidenza sui relativi termini. Qui ci si è semplicemente limitati a strutturare la norma sulla base di quanto stabilito dalla corte. Peraltro, e sebbene non indicato nella delega, sarebbe stato opportuno inserire una disposizione che stabilisse una proroga dei termini di custodia prossimi a scadere, finalizzata esclusivamente al mantenimento della richiesta di estradizione. Dati i tempi certamente non brevi del relativo procedimento all'estero c'è la fondata possibilità, soprattutto nel corso delle indagini preliminari, che nelle more della concessione decorrano i termini di custodia e dunque debba essere revocato il provvedimento cautelare con la conseguenza di dover ritirare la domanda di estradizione per essere venuto meno il titolo sul quale la stessa si fonda. Si tratta all'evidenza di un problema decisamente rilevante e questa poteva essere l'occasione per porvi almeno in parte rimedio, ma il legislatore non ha evidentemente ritenuto necessario provvedere¹⁹.

¹⁸ Corte cost., 21 luglio 2004, n. 253, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2597.

¹⁹ La Commissione ministeriale aveva invece inserito nell'art. 722 un comma *ad hoc* per

Infine, si è scelto di inserire – sulla scorta di una precisa indicazione della delega – una norma volta a disciplinare la riparazione per ingiusta detenzione della quale si poteva forse anche fare a meno, posto che appare del tutto logico che se la custodia comincia a decorrere dal momento in cui il soggetto viene privato della libertà personale a seguito della richiesta di estradizione, questo periodo di detenzione rientra *de plano* nel computo ai fini di cui sopra. In verità sarebbe stato molto più utile porsi il problema della riparazione con specifico riferimento al procedimento *de quo* nel quale il soggetto può essere privato della libertà personale anche per un'extradizione che non viene concessa o per una consegna che non viene effettuata e che non pare possibile far rientrare tra le ipotesi di cui all'art. 314 stante la diversità dei presupposti²⁰.

5. *Le rogatorie passive*

L'istituto al quale il legislatore delegante ha certamente dedicato maggiore attenzione è quello delle rogatorie che è stato ampiamente innovato anche attraverso l'inserimento di nuove modalità e tecniche di indagine che sebbene non ignote nell'ambito dell'assistenza giudiziaria non erano tuttavia disciplinate dal codice.

Prima di passare ad un breve esame delle modifiche effettuate merita ricordare la recente ratifica, avvenuta con un ritardo veramente irragionevole, della Convenzione di assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (MAP)²¹, il cui recepimento lascia comunque abbastanza perplessi considerato che lo strumento normativo *de quo* è stato in larga parte riassorbito nell'ordine europeo di indagine penale (OEI) e dunque avrà breve vita

sopperire a tale esigenza e fermo restando che la ipotizzata proroga valeva esclusivamente ai fini del mantenimento della richiesta di estradizione, si prevedeva: «2. Nel corso delle indagini preliminari, ai soli fini del mantenimento della richiesta di estradizione, quando la decisione non è intervenuta a causa del protrarsi del relativo procedimento presso lo Stato estero, il pubblico ministero può chiedere la proroga dei termini di custodia cautelare che siano prossimi a scadere. La proroga non può superare il doppio dei termini di fase. 3. Si applicano le disposizioni di cui all'art. 305 in quanto compatibili».

²⁰ Sul punto anche per i problemi che si pongono nell'individuazione dello Stato tenuto alla riparazione stessa, v. volendo, M.R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, cit., p. 110 ss.

²¹ La MAP, al pari di altre convenzioni, era stata prontamente sottoscritta al momento della sua apertura alla firma e poi, secondo un'abitudine forse non solo italiana, "dimenticata" sebbene a suo tempo la Commissione ministeriale – nominata nel 1999 per la ratifica, anch'essa assai tardiva, di due convenzioni sull'extradizione – avesse provveduto a predisporre lo schema di decreto legislativo per la sua implementazione debitamente presentato nell'autunno del 2000. Sulla Convenzione v. N. TRIGGIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, cit., p. 1. Sulla normativa di attuazione (d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52) v. L. CAMALDO, *L'attuazione della convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 7-8, p. 202.

salvo per quei pochi aspetti ivi non regolati. Ben vero che tra questi rientrano le squadre investigative comuni le quali tuttavia sono disciplinate dalla decisione quadro 2002/465/GAI – implementata con d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34²² –, che rimarrà operante fino alla ratifica della menzionata Convenzione da parte di tutti gli Stati dell'Unione europea (art. 5 decisione quadro), e che al momento sembra poter soprattutto creare problemi circa la normativa applicabile²³. In ogni caso, oltre a quei profili non ripresi nell'OEI, resta il fatto che quest'ultima potrà avere uno spazio applicativo nei confronti degli Stati che non abbiano recepito l'ordine investigativo. Peraltro, la legge interna di attuazione ha inserito nel nostro ordinamento una serie di disposizioni relative a vari aspetti dell'assistenza giudiziaria tra i quali anche la regolamentazione unitaria ed organica di alcuni istituti, in precedenza disciplinati in maniera più frammentaria²⁴, e forse ha ispirato il legislatore delegante nel delineare, almeno in parte, la normativa sulle rogatorie.

Ma torniamo alla disciplina codicistica dell'istituto *de quo* in relazione al quale – lo si è già accennato – l'obiettivo è dato dalla semplificazione e accelerazione del procedimento interno di concessione dell'assistenza, dalla regolamentazione delle modalità di acquisizione e di trasmissione degli atti richiesti, oltre a regolamentare alcune specifiche attività: il tutto nell'ottica di una maggiore efficienza e, come risulta anche dalla relazione alla legge delega, al fine di predisporre quel supporto normativo necessario alla ratifica di nuovi accordi in tale settore. In altre parole, si è cercato di seguire il *trend* dell'attuale normativa sovranazionale eppertanto stupisce come siano stati del tutto omessi alcuni istituti – quali le operazioni sotto copertura – che invece ricorrono ormai da tempo in molti accordi.

La prima sostanziale, e forse più vistosa, modifica è data dall'autorità giudiziaria competente al ricevimento e all'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria. Ci si riferisce come è evidente alle rogatorie dall'estero per le quali oggi è stabilita la competenza del procuratore presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta. Una scelta che sebbene accolta con favore appare tuttavia criticabile: quello che “va in soffitta” – per usare la colorita espressione di chi plaude alla modifica²⁵ – è l'intervento giurisdizionale che implicava una garanzia di non poco rilievo per l'indagato o imputato, ma anche a ben vedere per il nostro Stato. Affidare al giudice, ed in particolare ad un giudice collegiale, la verifica circa il rispetto

²² Tra il 2015 e il 2016 sono stati infatti implementati numerosi provvedimenti normativi dell'Unione europea. V. per un breve commento agli stessi, T. BENE – A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria internazionale*, Milano 2016.

²³ Non è questa la sede per occuparsi di successione delle leggi nel tempo, bastando qui ricordare che ove gli Stati in concreto coinvolti siano parti alla MAP potrebbero essere indotti ad applicare quest'ultima e non la decisione quadro.

²⁴ V. il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52.

²⁵ E. SELVAGGI, Va “in soffitta” l'atto di exequatur della Corte di appello, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 73.

degli elementi individuati dal vecchio art. 724, comma 5, risultava, ad avviso di chi scrive, nettamente preferibile, ma nel tentativo di rendere più lineare la procedura si è scelto di attribuire fin dall'inizio la competenza al procuratore distrettuale. Peraltro, aver sostituito l'autorità giudiziaria competente non ha eliminato, né sarebbe stato ammissibile, il cosiddetto *exequatur* – da sempre costituito dalla valutazione delle condizioni cui è subordinata l'accogliibilità della richiesta – ma ha semplicemente mutato il soggetto cui spetta tale verifica²⁶ con la conseguenza di creare una disomogeneità fra i vari istituti disciplinati dal Libro XI quanto all'organo deputato a decidere. Inoltre, la scelta effettuata dal legislatore delegante con riferimento all'istituto *de quo* si è ovviamente riverberata anche sull'ordine europeo di indagine: è sembrato infatti improponibile lasciare alla corte d'appello la competenza circa il riconoscimento dell'OEI, quando nell'istituto disciplinato dal codice si è effettuata una diversa scelta.

In realtà per ottenere il risultato che si voleva perseguire – affidare il compimento delle indagini al procuratore della Repubblica che è appunto l'organo di regola deputato a compiere tale attività e che è per ciò stesso il più idoneo²⁷ – sarebbe stato sufficiente prevedere che la corte d'appello, nel caso di accoglimento della domanda, delegasse il pubblico ministero allorché la richiesta riguardi il compimento di indagini o il gip quando l'attività da compiere fosse di competenza del giudice eliminando in tal modo la possibilità di investire un consigliere delegato della stessa corte²⁸. Ora invece la valutazione spetta al procuratore distrettuale il quale, ove accolga la richiesta, provvederà all'esecuzione, ma se si renda necessario l'intervento del giudice ovvero si tratti di atti da compiersi dinnanzi a questo, il procuratore trasmetterà al gip distrettuale per l'attività di sua competenza; atti che nella prima ipotesi considerata torneranno poi al procuratore per l'esecuzione²⁹.

In pratica si tratta dello stesso tipo di “passaggi” ma a parti rovesciate, sicché ritenere che quello voluto dal legislatore delegante e delineato dalle norme codicistiche costituisca un sistema più razionale, veloce ed efficiente resta da vedere anche se è innegabile che, ove non sia necessario l'intervento del giudice, la procedura si snoda in maniera più lineare e presumibilmente più rapida. Peraltro, l'aver affidato la competenza al procuratore distrettuale ha il vantaggio di consentire la trattazione dinnanzi allo stesso organo nel caso

²⁶ Al procuratore distrettuale spetta infatti controllare le condizioni cui è subordinata l'accogliibilità della richiesta e che, non a caso, sono rimaste esattamente le stesse in quanto sarebbe inaccettabile che si conceda assistenza anche nelle ipotesi contemplate dal vecchio art. 724 comma 5 (attuale 724 comma 7).

²⁷ G. MELILLO, Ruoli e forme della garanzia giurisdizionale, in G. LA GRECA – M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino 2003, 265; E. SELVAGGI, *Va “in soffitta” l'atto di exequatur*, cit., 73; R. TARGHETTI, *Un accordo internazionale per prevenire il riciclaggio*, in *Soc.*, 1994, p. 10.

²⁸ L'art. 725 stabiliva infatti che l'esecuzione venisse affidata ad un consigliere delegato dalla corte stessa ovvero al gip del luogo in cui gli atti devono compiersi.

²⁹ Si pensi alla richiesta di effettuare un'intercettazione che secondo la nostra normativa necessita dell'autorizzazione del giudice.

di atti da compiersi in diversi distretti senza incorrere nei rischi connessi ad una ipotizzabile violazione dell'art. 25 Cost., laddove i criteri utilizzati potrebbero non dare idonee garanzie di osservanza del precetto costituzionale. La possibilità di riunione consente una maggiore snellezza e segue parametri, forse non proprio ineccepibili, che richiamano alcuni di quelli a suo tempo ipotizzati dalla dottrina con riguardo alla Corte d'Appello³⁰. Si stabilisce infatti che in tale ipotesi la competenza spetti al procuratore «del luogo nel quale deve compiersi il maggior numero di atti ovvero, se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa». Orbene, se il primo criterio non pare creare problemi in quanto legato ad un mero dato numerico, il secondo suscita invece qualche perplessità essendo legato ad una valutazione che solo l'autorità richiedente potrebbe effettuare. Quanto poi alla possibilità di contrasto tra diversi uffici si rinvia agli artt. 54, 54 *bis* e 54 *ter*, ma quando sia previsto l'intervento del giudice gli atti sono trasmessi alla Corte di Cassazione per la relativa decisione.

La volontà di rendere più spedito il procedimento emerge, inoltre, dall'aver posto un termine al ministro per la trasmissione all'autorità giudiziaria – trenta giorni dalla ricezione della domanda – fermo restando che le ragioni di rigetto della stessa sono rimaste invariate; si precisa inoltre che, nel caso di trasmissione diretta, copia della richiesta vada trasmessa al ministero, ribadendo così nel testo dell'art. 723 comma 4 quanto già stabilito dall'art. 204 *bis* disp. att. Peraltro il richiamo alla trasmissione diretta è effettuato soltanto in relazione ad una espressa indicazione pattizia in tal senso.

Sotto l'ulteriore profilo inerente alla regolamentazione delle modalità di acquisizione degli atti richiesti, oltre a confermare la possibilità di deroga al tradizionale principio *locus regit actum*, l'art. 725 prevede la possibilità di consentire la presenza dell'autorità rogante al loro compimento: una rogatoria concelebrata insomma per la quale ci si domanda se la “presenza” sia da intendere come partecipazione attiva o mero diritto di assistere all'esecuzione dell'attività chiesta. Non si fa invece alcuna menzione del difensore delle parti private che dunque parrebbe restare escluso, salvo che la convenzione applicabile ne consenta la presenza³¹. Certamente utile è la previsione circa l'informativa all'autorità richiedente dell'opportunità – che emerga nel corso dell'esecuzione – di compiere ulteriori atti non indicati nella richiesta al fine di un'integrazione della stessa.

Orbene, in quest'opera di revisione della precedente normativa tesa ad una maggiore efficienza, ma – almeno così dovrebbe essere – anche ad una migliore tutela dei soggetti interessati, continua a mancare la possibilità di impugnazione del provvedimento ammissivo della richiesta la cui individuazione

³⁰ Sul punto per un *excursus* critico dei criteri individuati v. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, p. 80.

³¹ Come, ad esempio, previsto dall'art. 4 C.e.a.g. che prevede l'assistenza all'esecuzione della rogatoria anche da parte delle «persone in causa»: *id est* tutte le parti del processo.

avrebbe certamente costituito un valore aggiunto. Il problema non è certo di oggi: da lungo tempo, infatti, la dottrina ha avanzato ipotesi circa la possibile impugnabilità dell'*exequatur* cercando di coniugare le esigenze di segretezza, particolarmente rilevanti allorché si tratti di attività di indagine, con la tutela dei soggetti coinvolti dal procedimento rogatorio, ma tutt'ora una simile possibilità non è stata presa in considerazione³².

6. Le rogatorie attive

Decisamente più contenute, ma non per questo meno rilevanti, le modifiche effettuate con riguardo alle rogatorie attive per le quali merita anzitutto segnalare l'opportuna rettifica dell'art. 729 che ha ricondotto entro un alveo di ragionevolezza, pur senza ridurre le garanzie derivanti dalla inutilizzabilità degli atti, il disposto della norma *de qua*³³. La rivisitata formulazione dell'art. 727 che, al comma 9, si limita a prevedere l'indicazione delle «modalità e delle forme stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti» consente di salvaguardare le esigenze connesse alla rispondenza degli atti rogati alle regole previste dall'ordinamento, e l'art. 729 non collega più la sanzione alla mera inosservanza delle modalità richieste con una sorta di discutibile automaticità, ma rinvia alle nostre previsioni normative sul punto.

Tra gli aspetti positivi della riforma va, infine, sottolineata la disciplina riguardante specifici atti quali videoconferenze, teleconferenze, trasferimento temporaneo di persone detenute e, solo per le rogatorie attive, squadre investigative comuni, mentre mancano del tutto le operazioni sotto copertura che, ove si fosse seguito l'attuale *trend* dell'assistenza giudiziaria, avrebbero dovuto venire regolate, nondimeno in mancanza di una specifica direttiva il legislatore non ha ritenuto di intervenire; neppure vi è traccia delle intercettazioni telefoniche che sono state volutamente ignorate forse per evitare gli intuibili problemi connessi ad una materia così delicata e tuttora in fase di rielaborazione nel diritto interno. Gli istituti *de quibus* sono stati disciplinati sia per la procedura passiva che per quella attiva anche se in alcuni casi non vi è una totale corrispondenza: le teleconferenze riguardano infatti soltanto le rogatorie passive così come, lo si è appena detto, le squadre investigative comuni sono considerate solo nella procedura attiva. Quanto poi alla specifica

³² Va segnalato che la Commissione ministeriale aveva individuato una possibilità sia pure molto contenuta di impugnazione che poteva anche costituire un segnale della maggiore attenzione ai diritti della difesa, ma l'articolato presentato è stato sul punto totalmente disatteso.

Con riguardo alla ipotizzata impugnabilità dell'ordinanza di *exequatur* v. per le varie soluzioni proposte ed anche per la bibliografia, M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 104.

È comunque da ritenere che sia tuttora possibile l'incidente di esecuzione limitatamente all'attività posta in essere a seguito della richiesta di assistenza.

³³ V., per tutti, A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 354.

regolamentazione basta qui ricordare che sostanzialmente non ci si distacca da quanto fino ad ora previsto per gli omologhi istituti sia dalla normativa sovranazionale che da quella di recepimento interno.

7. Il riconoscimento della sentenza straniera e l'esecuzione all'estero di quella italiana

Per quanto attiene al riconoscimento della sentenza straniera e all'esecuzione all'estero di quella italiana, in linea teorica si sarebbe potuta effettuare un'ampia rivisitazione della disciplina preesistente «secondo criteri di massima semplificazione»³⁴, nondimeno è apparso subito chiaro che l'auspicata modifica poteva riguardare soltanto alcune delle tipologie regolate dall'istituto *de quo* poiché è sembrato improponibile un procedimento in una qualche misura più sommario allorché si tratti di dare esecuzione nel nostro Stato ad una sentenza che abbia inflitto una pena detentiva.

Consequentemente lo snellimento ha riguardato, sotto il profilo procedimentale, quelle forme di riconoscimento relative all'«utilizzazione» della sentenza straniera per gli effetti di cui all'art. 12 c.p. ovvero quando si perseguano finalità di natura civilistica. In queste ipotesi è infatti parso sufficiente a salvaguardare i diritti dei soggetti coinvolti un procedimento di natura cartolare, con l'indubbio vantaggio di rendere più rapido e lineare il riconoscimento stesso.

Sempre al fine di rendere più celere il procedimento sono stati posti termini sia alla corte d'appello, sia a quella di cassazione per adottare la relativa pronuncia: novanta e sessanta giorni rispettivamente che sono stati ritenuti del tutto congrui per addivenire alla decisione; non si pongono invece scansioni temporali con riguardo alla richiesta del ministro, né per quella del procuratore generale al quale spetta promuovere il procedimento dinanzi alla Corte.

L'altra modifica di un qualche rilievo ha riguardato le indagini e il sequestro a fini di confisca: qui ci si è limitati soltanto ad un ovvio rinvio alle norme sulle rogatorie affidando la decisione e l'eventuale esecuzione al procuratore distrettuale. Del resto, sarebbe stato alquanto distonico lasciare in questo caso la competenza alla corte d'appello considerato che si tratta appunto di compiere indagini per le quali, come già detto, l'organo ritenuto non a torto più idoneo è il pubblico ministero.

Si è infine stabilito che, ove lo Stato straniero abbia posto condizioni per l'esecuzione della sentenza, il ministro della giustizia ne assicurerà il rispetto purché queste non siano in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento. A differenza di quanto previsto in tema di estradizione attiva non si affida espressamente al ministro l'accettazione delle condizioni – peraltro probabilmente implicita – né si vincola l'autorità giudiziaria al loro rispetto, sicché ci si domanda quali siano le modalità attraverso le quali l'autorità poli-

³⁴ Questa la formulazione dell'art. 4 lett. c della delega.

tica possa “assicurarne” l’osservanza. Ben diversa la prescrizione dell’art. 720 comma 4 che molto più correttamente pone un obbligo in tal senso all’autorità giudiziaria la quale è tenuta per legge al loro rispetto.

Una previsione analoga è posta anche per l’esecuzione all’estero della sentenza italiana anche se qui si è avuto cura di precisare che il ministro “vigila” sull’osservanza delle condizioni eventualmente poste, laddove la differente terminologia fa capo evidentemente ai poteri di questi che nell’ipotesi *de qua* può soltanto intervenire segnalando il mancato rispetto.

8. Il trasferimento dei procedimenti

L’ultimo decisamente rilevante intervento legislativo riguarda l’inserimento di un nuovo istituto: il trasferimento dei procedimenti penali che tende ad evitare il conflitto di giurisdizioni e a prevenire il verificarsi di un *bis in idem*. Una scelta in sé felice sebbene la sua concreta attuazione non sia priva di ombre. Dei problemi connessi ad una possibile duplicazione dei procedimenti era, peraltro, ben consapevole il legislatore sovranazionale che fin dal lontano 1972 ne aveva disciplinato il trasferimento, ed in tempi più recenti l’Unione europea si è occupata di regolamentare tale aspetto oltre quello relativo al *ne bis in idem*³⁵.

Va preliminarmente precisato che la possibilità del trasferimento è subordinata all’esistenza di una convenzione internazionale che lo preveda. Una limitazione che ha suscitato le perplessità di chi ritiene come in tal modo si determini una deroga, ancorché parziale, al principio di sussidiarietà di cui all’art. 696, poiché la sua operatività viene assoggettata alla duplice condizione che sussista una convenzione e questa non disponga diversamente³⁶. Peraltro, non è questo l’unico caso in cui si subordina la fruibilità di un istituto all’esistenza di un accordo internazionale: l’art. 731 nel disciplinare il riconoscimento della sentenza straniera al fine della sua esecuzione nello Stato stabilisce, pur in termini non identici, la stessa limitazione. Come dire che in specifici settori, ritenuti evidentemente “delicati”, si tenda ad una maggiore cautela e la sussistenza di un accordo che disciplini sul piano internazionale l’attività da

³⁵ Ci si riferisce alla Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, Strasburgo 15 maggio 1972 del Consiglio d’Europa, nonché, con riguardo all’Unione europea, all’art. 54 dell’Accordo di Schengen, relativamente al *ne bis in idem*, e la decisione quadro 948/2009/GAI che concerne specificamente i procedimenti definiti “paralleli” (art. 4 d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29 di recepimento della decisione).

Sul punto v. *amplius* E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 76. Per un’ampia ed esaustiva analisi dell’evoluzione normativa nell’Unione europea, cfr. L. KALB, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale)*, in *Arch. pen.*, 2018, *Speciale riforme*, 1 al quale si rinvia anche per la bibliografia.

³⁶ In tal senso L. KALB, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»*, cit., p. 15.

compiere rappresenta una garanzia dalla quale non si vuole prescindere. Sia come sia, resta il fatto che nel caso *de quo* non è possibile attivare l'istituto su base di reciprocità, come invece avviene in altri settori della cooperazione.

Ciò premesso, vediamo la disciplina predisposta dal Titolo IV *bis* del Libro XI che preliminarmente stabilisce potersi fare luogo al trasferimento o alla sua assunzione antecedentemente all'esercizio dell'azione penale: un termine abbastanza contenuto che, in verità, avrebbe potuto essere più ampio considerata la rilevanza dell'obiettivo perseguito. Peraltro, poiché si tratta di un limite riguardante sia il profilo passivo che quello attivo ci si domanda se, quando si tratti di assunzione, questa sia inammissibile solo se sia stata esercitata l'azione penale nel nostro Stato o se questo limite riguardi anche il procedimento straniero. In altre parole, se il parallelismo tra procedimenti riguardi soltanto i fatti per i quali si procede o se coinvolga anche la fase nella quale gli stessi si trovano. Nessun dubbio invece si pone nel caso di rinuncia alla giurisdizione che trova un limite nell'essere stata esercitata l'azione penale nel nostro Stato³⁷.

Quanto alle condizioni generali, il legislatore ha anzitutto subordinato il trasferimento alla sussistenza di più stretti legami territoriali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova individuando i criteri da considerare secondo un ordine di priorità non tassativo³⁸ e che attengono a profili tra loro abbastanza eterogenei: dal luogo in cui è avvenuta la maggior parte dell'azione, dell'omissione o dell'evento, a quello in cui risiede, dimora, è domiciliato o si trova l'indagato, ovvero nell'ipotesi in cui non ne sia possibile l'estradizione, tanto per richiamarne alcuni.

Per quel che attiene al versante passivo, vale a dire all'assunzione del procedimento, il ministro non ha alcun potere decisionale o di veto dovendo soltanto limitarsi – salvo il caso di trasmissione diretta per la quale è destinatario di un'informativa – a trasmettere la richiesta pervenuta dall'autorità straniera. Si è osservato che la possibilità di assunzione non è subordinata alla pendenza di un procedimento sul medesimo fatto nei confronti della stessa persona, sicché in tale ipotesi il pubblico ministero, che è il destinatario della trasmissione effettuata dal ministro, dovrà procedere all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e da tale momento decorreranno i termini per le indagini e per le determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale³⁹. Ci si è fra l'altro e giustamente preoccupati di regolare alcuni aspetti quali quelli connessi alla necessità, solo per la nostra normativa interna, della presentazione della querela – fermo restando che quella presentata all'estero mantiene la sua validità – e soprattutto della conservazione degli atti di acquisizione probatoria

³⁷ Per vero la Commissione ministeriale aveva previsto un termine più ampio costituito dalla fase degli atti preliminari al dibattimento ritenendosi che soltanto dopo la sua apertura non fosse più opportuno procedere al trasferimento.

³⁸ Sul punto v. E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli*, cit., p. 78.

³⁹ Così, quasi testualmente L. KALB, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»*, cit., p. 18.

eventualmente già compiuti che mantengono efficacia, salvo contrastino con i principi fondamentali del nostro ordinamento, e sono utilizzabili secondo la disciplina interna. Parimenti per le misure cautelari disposte nel procedimento si applica l'art. 27 ma il termine per l'adozione dei provvedimenti è di trenta giorni dalla ricezione degli atti: una contenuta maggiore ampiezza giustificata dalle particolarità del procedimento cui si riferisce.

Nell'ipotesi inversa – vale a dire il versante attivo – l'iniziativa spetta al pubblico ministero che ha iscritto la notizia di reato; del resto, posto che il limite di operatività dell'istituto è dato dal non essere stata esercitata l'azione penale, l'organo competente è ovviamente, e forse necessariamente, il titolare delle indagini. Questi ne dà comunicazione al ministro della giustizia, il quale ha qui un ruolo ben diverso e molto più incisivo di quello che riveste nella procedura passiva; può infatti vietarne l'esecuzione nel caso di compromissione di sicurezza, sovranità o altri interessi essenziali dello Stato, insomma i limiti consueti ai quali si aggiunge quello relativo ad un processo che non assicuri il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento ovvero quando vi sia motivo di ritenere che l'indagato potrà essere sottoposto ad atti persecutori o discriminatori o che comunque configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona. Il ministro, cui spetta disporre il trasferimento, decide entro trenta giorni dalla richiesta dandone comunicazione al pubblico ministero. Nelle more il procedimento è sospeso fino alla decisione ministeriale o all'inutile decorso del termine di cui si è detto. Il tutto, come del resto avviene solitamente nei casi di sospensione, non impedisce il compimento degli atti urgenti o di quelli irripetibili.

Qualora si disponga il trasferimento, il giudice per le indagini preliminari emette decreto di archiviazione sulla base della scelta del pubblico ministero senza alcuna possibilità di valutare la sussistenza dei presupposti ai quali questo è subordinato. Ora se può essere vero che la rinuncia alla giurisdizione, al pari di altre ipotesi previste pattiziamente, potrebbe non contrastare con l'obbligo di esercitare l'azione penale⁴⁰, pare che un controllo da parte del giudice circa l'effettiva sussistenza dei criteri di cui all'art. 746 *bis* – che non è sostituito dal *placet* del ministro che oltretutto riguarda diversi profili e potrebbe anche mancare (art. 746 *bis* comma 6) – sarebbe stato auspicabile⁴¹ rappresentando in sostanza l'equivalente di quanto stabilito per l'archiviazione ordinaria.

⁴⁰ V. le nitide argomentazioni di E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli*, cit., p. 78 che richiama l'orientamento dei giudici costituzionali. Da ultima Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 446, in *Giur cost. org.*, che sottolinea, con riguardo al Trattato NATO, come non si possa ritenere che «il potere di rinunciare alla giurisdizione, in sé considerato, o, per altro verso, di stabilire che determinate condizioni concorrano perché l'azione penale possa essere promossa o proseguita, sia vietato da alcun principio costituzionale o precluso al legislatore ordinario».

⁴¹ Ritiene che il controllo del giudice per le indagini preliminari dovrebbe piuttosto avere ad oggetto l'esistenza della convenzione, la pendenza del procedimento all'estero e il rispetto del limite temporale per il ricorso al trasferimento, L. KALB, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»*, cit., p. 27.

È infine previsto che, ove nello Stato di trasferimento l'azione penale non sia esercitata nel termine convenuto, sia possibile la riapertura delle indagini salvo che la decisione assunta all'estero determini il divieto di un secondo giudizio: un'inusuale applicazione dell'art. 414 così come, del resto, anomalo è questo ulteriore caso di archiviazione.

Dopo questo sommario *excursus* resta da chiedersi se le numerose modifiche all'impianto codicistico rappresentino un reale progresso nella direzione auspicata costituita dalla dichiarata esigenza di migliorare la cooperazione giudiziaria rendendola più moderna, lineare ed efficiente e perciò stesso più idonea a fronteggiare l'aumento della criminalità transnazionale. Certamente si registrano dei progressi ma forse non così incisivi come potrebbe sembrare; del resto, fino a quando gli interventi normativi saranno cauti, e soprattutto in larga parte succubi degli orientamenti "consolidati" della giurisprudenza, pare difficile che si possa fare di più.

Abstract [Ita]

Il contributo ripercorre l'evoluzione normativa che connota il settore della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, con particolare riferimento alle innovazioni apportate alla disciplina interna. A fronte di una criminalità organizzata che ha esteso il suo raggio di azione ben oltre i confini del territorio di un singolo Stato e che sa ben sfruttare tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie, l'obiettivo della legge delega n. 149 del 2016 è quello di modernizzare e razionalizzare gli istituti contenuti del Libro XI c.p.p. al fine di rendere la cooperazione più efficiente e, almeno in parte, più rispettosa dei diritti dei soggetti che vi sono coinvolti.

L'exkursus compiuto conduce l'Autore a interrogarsi sulle esigenze di tutela sottese agli interventi normativi analizzati nella direzione auspicata, costituita dalla dichiarata esigenza di migliorare la cooperazione giudiziaria rendendola più efficiente e più idonea a fronteggiare l'aumento della criminalità transnazionale.

Parole chiave: cooperazione giudiziaria; rogatoria; estradizione; trasferimento dei procedimenti penali; Libro XI c.p.p.

Abstract [Eng]

The paper addresses the regulatory evolution of international judicial cooperation in criminal matters, with a focus on the innovations implanted into the Italian normative framework. In particular, the aim of enabling law (legge delega) no. 149 of 2016 is to modernise Book XI of the Code of Criminal Procedure in order to make cooperation more efficient and more respectful of individual rights, to face the task posed by organised crime structures which have extended their activities far beyond the borders of a single state and are able to exploit all the opportunities offered by the globalisation of markets and new technologies.

The author then examines the underlying rationale of the regulatory innovations in the desired direction, that appear to be directed at an improvement of the judicial cooperation towards a greater efficiency and ability to deal the challenges of transnational crime.

Keywords: judicial cooperation; rogatory; extradition; transfer of criminal proceedings; Book XI of the Code of Criminal Procedure.