



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

(CURRICULUM “TUTELA PENALE E GARANZIE DELLA PERSONA

NEL DIRITTO INTERNO, COMPARATO, EUROPEO E INTERNAZIONALE:

PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI”)

XXXII CICLO

COOPERAZIONE INTERNAZIONALE E ASSUNZIONE DI PROVE ALL’ESTERO IN EUROPA

Tesi di Dottorato della
Dott.ssa **Alessandra GRIO**

Tutor:
Chiar.mo Prof. **Stefano RUGGERI**

Coordinatrice del Corso di Dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa **Concetta PARRINELLO**

Ai miei genitori e a Carmelo

Sommario

| | |
|---|-----------|
| CAPITOLO 1 | 5 |
| QUESTIONI INTRODUTTIVE | 5 |
| SOMMARIO | 5 |
| 1. Oggetto | 6 |
| 2. Obiettivi | 13 |
| 3. Metodologia | 14 |
| 4. Risultati attesi | 16 |
| | |
| CAPITOLO 2 | 20 |
| L'ASSISTENZA PROBATORIA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA | 20 |
| 1. Premessa | 22 |
| 2. L'incidenza delle convenzioni di assistenza giudiziaria civile sull'evoluzione della cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero | 23 |
| 3. La Convenzione di Strasburgo di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa | 24 |
| 4. L'accordo fra Italia e Stati Uniti per la reciproca assistenza giudiziaria nel caso Lockheed | 28 |
| 5. Il Trattato Italia-Usa sulla mutua assistenza in materia penale | 30 |
| 6. L'Accordo Italia-Svizzera | 31 |
| 7. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen | 33 |
| 8. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea | 34 |
| 8.1. La giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza rogatoriale | 36 |
| 8.2. Tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria | 37 |
| 8.3. La normativa applicabile | 38 |
| 8.5. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio nell'assunzione della prova penale in altri Stati membri | 40 |

| | |
|---|-----------|
| | 2 |
| 8.6. L'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero | 42 |
| 8.7. La videoconferenza transnazionale | 43 |
| 8.8. L'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica | 46 |
| 8.9. Le intercettazioni delle telecomunicazioni | 47 |
| 8.10. Le squadre investigative comuni | 49 |
| 8.11. Conclusioni provvisorie sulle novità introdotte dalla Convenzione del 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea | 51 |
| 9. Il mutuo riconoscimento | 55 |
| 9.1. La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove | 57 |
| 9.2. L'ordine europeo d'indagine penale. L'evoluzione del principio del mutuo riconoscimento | 61 |
| 10. L'armonizzazione processuale su alcune garanzie di indagati e imputati nei procedimenti penali | 67 |
| 11. La Procura europea | 73 |
| 12. La c.d. proposta di Regolamento e-Evidence | 77 |
| | |
| CAPITOLO 3 | 81 |
| L'ASSUNZIONE DELLA PROVA ALL'ESTERO NEL DIRITTO NAZIONALE. UN APPROCCIO DI DIRITTO COMPARATO | 81 |
| SEZ. I | 81 |
| L'ASSISTENZA PROBATORIA INTERNAZIONALE. L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO ITALIANO | 81 |
| | |
| 1. Il sistema delle rogatorie internazionali. La disciplina dell'assistenza giudiziaria all'interno della sistematica dei codici di procedura penale del 1865, del 1913, del 1930 e del 1988 | 83 |
| | |
| 2. Pluralità e gerarchia delle fonti normative | 85 |
| | |
| 3. L'evoluzione del principio del <i>locus regit actum</i>. Il problema della normativa applicabile | 89 |
| | |
| 4. Gli atti rogabili | 91 |
| | |
| 5. Il procedimento di assistenza giudiziaria rogatoriale | 94 |
| 5.1. Premessa | 94 |
| 5.2. Il controllo giurisdizionale nel previgente assetto normativo | 96 |
| 5.3. Le rogatorie dall'estero nella disciplina vigente | 103 |
| 5.4. Le nuove modalità di cooperazione probatoria: l'audizione mediante videoconferenza o teleconferenza | 108 |

| | |
|---|------------|
| 6. Le rogatorie attive | 110 |
| 6.1. Le modalità di trasmissione della rogatoria all'estero | 110 |
| 6.2. I soggetti legittimati alla richiesta | 112 |
| 6.3. I soggetti esclusi. L'attuazione del diritto di difesa e le indagini difensive all'estero | 114 |
| 6.4. L'utilizzabilità degli atti rogati | 117 |
| 7. Il principio del mutuo riconoscimento | 123 |
| 8. L'attuazione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale | 124 |
| 8.1. La competenza del procuratore della Repubblica | 126 |
| 8.2. I termini per il riconoscimento e l'esecuzione | 127 |
| 8.3. Le modalità di esecuzione | 128 |
| 8.4. Il principio di proporzionalità | 130 |
| 8.5. I motivi di rifiuto | 131 |
| 8.6. Il diritto all'informazione e i mezzi di impugnazione | 133 |
| 8.7. L'emissione dell'ordine europeo di indagine penale | 135 |
| 8.8. Il ruolo della difesa | 135 |
| 8.9. Sguardo su singoli atti d'indagine: l'audizione mediante video o teleconferenza | 136 |
| 8.10. L'intercettazione delle telecomunicazioni | 138 |
| 9. Le squadre investigative comuni | 141 |
| SEZ. II | 144 |
| L'ASSISTENZA PROBATORIA INTERNAZIONALE NEL DIRITTO SPAGNOLO | 144 |
| 1. L'assistenza probatoria in Spagna | 145 |
| 2. La legge applicabile e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. L'impostazione tradizionale della giurisprudenza spagnola | 146 |
| 3. L'attuazione della decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove e della Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale | 151 |
| SEZ. III | 157 |
| L'ASSISTENZA GIUDIZIARIA PROBATORIA NEL DIRITTO COMPARATO | 157 |
| 1. Premessa | 158 |
| 2. Il problema dell'utilizzabilità | 161 |
| 3. Le garanzie partecipative di indagato e imputato nella fase di assunzione della prova all'estero | 162 |

| | |
|--|------------|
| CAPITOLO 4 | 164 |
| L'ASSISTENZA PROBATORIA INTERNAZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO | 164 |
| 1. Premessa | 165 |
| 2. Il diritto al confronto nei casi transnazionali | 167 |
| 3. Il problema della legge applicabile tra <i>lex loci</i> e <i>lex fori</i> | 174 |
| 4. L'utilizzabilità della <i>overseas evidence</i> | 175 |
| 5. Le modalità di attuazione del confronto dialettico tra le parti | 177 |
| 6. La compatibilità tra metodi alternativi di acquisizione della prova e le garanzie della CEDU: la partecipazione dell'imputato al dibattimento mediante videoconferenza in casi transnazionali | 180 |
| 7. Considerazioni conclusive | 183 |
| BIBLIOGRAFIA | 187 |
| RIFERIMENTI NORMATIVI | 198 |
| INDICE DELLE DECISIONI CITATE | 201 |

Capitolo 1

Questioni introduttive

Sommario

1. Oggetto
2. Obiettivi
3. Metodologia
4. Risultati attesi

1. Oggetto

Il presente studio ha ad oggetto l'assistenza giudiziaria probatoria.

L'esame della problematica ha da subito evidenziato la pluralità delle fonti che regolano la materia, che non rendono agevole il ruolo dell'interprete nell'individuazione della normativa di volta in volta applicabile.

Concorrono, infatti, alla regolamentazione dell'istituto, una molteplicità di fonti normative: interne, europee e di derivazione internazionale.

È a queste ultime, in particolare, che si deve il superamento del modo con cui, per molto tempo, è stata intesa l'assistenza giudiziaria, vista a lungo come «forma di cooperazione di tono minore»¹, per certi versi secondaria «rispetto alle intese in tema di estradizione»².

Il passaggio, in ambito penale, da una collaborazione tra Stati attuata a distanza – senza la possibilità, per l'autorità rogante, di partecipare al compimento degli atti oggetto di rogatoria – a forme di cooperazione partecipata avviene mutuando, in ambito internazionale, schemi e soluzioni propri di altri settori.

Sono, in particolare, alcune norme dettate in materia di assistenza giudiziaria civile a incidere positivamente sulla cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero.

La Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905 – ma sono tante le convenzioni di diritto internazionale di analogo tenore –, prevede ad esempio una prima attenuazione del principio del *locus regit actum*, e la possibilità – per l'autorità rogante che ne faccia richiesta – di partecipare al compimento dell'atto

¹ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 129.

² *Ibid.*

istruttorio oggetto di rogatoria internazionale.

Accanto alla facoltà per l'autorità richiedente di assistere, previa comunicazione della data e del luogo di esecuzione dell'attività richiesta, al compimento dell'atto rogato, la Convenzione ammette anche di potersi ottemperare alla domanda dell'autorità rogante, «perché si proceda secondo una forma speciale, *sempre che detta forma* non sia contraria alle leggi dello Stato richiesto».

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della possibilità di procedere al compimento dell'atto rogato secondo forme speciali, risponde al duplice intento di assicurare l'utilizzabilità della prova raccolta all'estero e di non frustrare l'impegno profuso dall'autorità richiesta in sede di cooperazione internazionale.

È nel solco di questo filone evolutivo che si colloca la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, sottoscritta a Strasburgo il 20 aprile 1959.

In particolare, la Convenzione introduce una nuova idea di cooperazione tra Stati nell'attività di acquisizione della prova all'estero e una modalità di collaborazione per certi versi assimilabile a una sorta di concelebrazione dell'atto istruttorio.

La Convenzione del Consiglio d'Europa è però un accordo internazionale di stampo tradizionale in cui è dato ravvisare tutti gli elementi storicamente caratterizzanti la cooperazione interstatale in materia di acquisizione probatoria transnazionale.

La Convenzione prevede infatti, di regola, nell'esecuzione delle richieste di rogatoria, l'applicazione del principio del *locus regit actum*.

Al fine di migliorare l'assistenza nel settore penale, senza trascurare – nella fase di assunzione della prova all'estero – i diritti di difesa di indagato e imputato, il 29 maggio 2000 è adottata, a Bruxelles, la

Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

La Convenzione ha per obiettivo quello di risolvere i tradizionali problemi caratterizzanti l'assistenza giudiziaria.

Nel tentativo di assicurare l'utilizzabilità della prova raccolta all'estero e di non frustrare l'impegno profuso dall'autorità rogata in sede di cooperazione internazionale, la Convenzione ammette la possibilità che, nell'espletamento dell'attività richiesta, lo Stato membro rogato osservi le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente, salvo che la Convenzione disponga altrimenti o che tali formalità e procedure siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto.

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della facoltà di procedere all'espletamento dell'atto rogato secondo forme speciali sposta il baricentro dell'assistenza giudiziaria, per far sì che questa sia fornita nel modo indicato dallo Stato membro richiedente.

Questa impostazione risulta, dunque, profondamente innovativa rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa, e risponde all'intento di garantire l'efficienza del sistema di assistenza giudiziaria.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, la più significativa innovazione è rappresentata dalla scelta, fin da subito avvertita, di orientare l'assistenza giudiziaria internazionale al principio del mutuo riconoscimento, posto a fondamento della cooperazione giudiziaria, per la sua capacità di assicurare l'efficienza del sistema e di adeguare le istanze della collaborazione alle nuove esigenze.

Ciò spiega la decisione, assunta in occasione del Consiglio europeo di Tampere (1999), di elaborare un articolato programma di misure volto

all'attuazione del principio *de quo*, nel tentativo di agevolare la raccolta di elementi di prova in un contesto transfrontaliero e di promuoverne l'ammissibilità davanti al giudice.

In particolare, nelle Conclusioni del vertice si staglia l'idea di affidare le sorti della cooperazione penale al principio secondo il quale – in un clima di fiducia reciproca tra gli Stati e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie – la decisione resa da uno Stato membro sarà tale da essere accettata equivalente a quella che avrebbe adottato lo Stato interessato.

Il mutuo riconoscimento implica, infatti, di riconoscere e di dare esecuzione, salvo tassativi e limitati motivi di rifiuto, ai provvedimenti pronunciati dai giudici di altri Stati membri, senza più alcun margine valutativo in capo all'autorità giudiziaria richiesta.

Il principio mira, dunque, al superamento del c.d. "*request model*" e, inteso quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale (oltre che civile), consente di realizzare un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

Con la decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedura di consegna tra Stati, si è data per la prima volta attuazione al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale.

Il primo tentativo di innestare il principio del mutuo riconoscimento in ambito probatorio si deve, invece, alla decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003. Ma il percorso volto a sostituire, anche nella materia della ricerca e della circolazione delle fonti di prova, gli strumenti tradizionali di assistenza giudiziaria con le forme del reciproco riconoscimento giunge a compimento solo con la decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove – di recente abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del

Consiglio del 20 gennaio 2016 – e con la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

Sebbene abbiano rappresentato un passaggio importante nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova, la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, prima, e la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, poi, hanno evidenziato i limiti di un approccio all'assistenza probatoria internazionale basato sul principio del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri.

L'art. 82 TFUE rappresenta la base legale per un'opera di armonizzazione che, però, si preannuncia lenta e difficile. Lo stato dell'arte non contempla, infatti, progressi riferiti a norme minime comuni in tema di ammissibilità reciproca delle prove.

Certamente verso l'armonizzazione è orientata la «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», approvata il 30 novembre 2009 e poi implementata dal Programma di Stoccolma.

Le prime direttive sui diritti di indagati e di imputati, rimaste a lungo inattuate nella veste di decisioni quadro nel vecchio contesto della cooperazione giudiziaria intergovernativa, sono state però varate solo di recente, e i contenuti sono ancora piuttosto modesti.

In questa cornice, per una corretta ricostruzione della problematica, non può essere ignorato il ruolo centrale che la Corte europea ha svolto nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto delle prove, tramite l'elaborazione di una serie di criteri finalizzati ad assicurare, attraverso un attento bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco, adeguata tutela alle garanzie fondamentali dei tanti soggetti coinvolti.

La Corte ha così stabilito – in occasione di alcune pronunce in tema di formazione della prova dichiarativa – un articolato sistema di norme minime sull'ammissione della prova volto a facilitare la comunicazione tra gli ordinamenti, senza che questo possa tradursi in una forzata omologazione suscettibile di comportare arretramenti sul piano delle garanzie. Resta, infatti, ferma la possibilità, per ciascuno Stato, di predisporre un livello di tutela più elevato di quello desumibile dagli *standard* internazionali.

L'esigenza di un ravvicinamento tra i vari sistemi probatori trova – dunque – nuovo slancio grazie alla Corte di Strasburgo che, mediante l'individuazione delle garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova dichiarativa, facilita la circolazione delle prove e il raggiungimento degli obiettivi avuti di mira con la cooperazione. In questo senso, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si pone come fonte indiretta di ravvicinamento della disciplina della prova penale.

Sul fronte interno lo studio della disciplina in tema di assistenza giudiziaria probatoria ha permesso di cogliere l'evoluzione della materia, e gli interventi di riforma da ultimo varati per dare attuazione ai più recenti strumenti di diritto internazionale e dell'Unione europea, rivelano la nuova attenzione che il legislatore nazionale riserva all'istituto e una più accentuata sensibilità per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale, che ha assunto, nel corso degli anni, importanza sempre crescente, anche se – la recente riforma³ – non sembra risolvere in via definitiva i problemi che da sempre ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra

³ Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. n. 5 aprile 2017, n. 52, adottato in forza della legge delega n. 149 del 2016, che autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare e a provvedere per l'esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, e al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, con cui si è data attuazione alla direttiva 2014/41/UE.

autorità giudiziarie.

Lo sguardo ad altre esperienze, e in particolare all'ordinamento giuridico spagnolo, ha del pari messo in luce alcune criticità.

In particolare, il fatto che il sistema processuale spagnolo sia ancora oggi regolato dalla *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882 – anche se, nel tempo, più volte, sottoposta a modifiche e a integrazioni – ha obbligato le alte Corti spagnole a un costante e continuo lavoro di interpretazione e di adattamento, allo scopo di adeguare la disciplina alle moderne esigenze del giusto processo.

Preoccupa l'affermazione secondo cui i tribunali spagnoli non possono dubitare della legalità del procedimento seguito nello Stato richiesto per l'acquisizione della prova.

Le Corti spagnole hanno, infatti, sempre ritenuto spendibili nella dinamica processuale interna le prove raccolte all'estero da autorità straniere conformemente al principio del *locus regit actum* (o *lex loci*), sebbene le modalità di acquisizione di quelle stesse prove, in casi tutti domestici, sarebbero state del tutto o in parte differenti, a pena di inutilizzabilità.

Così facendo, la giurisprudenza ha scarsa considerazione per i diritti fondamentali della persona – che non possono, certamente, venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato richiedente – ma anche per previsioni come quella di cui all'art. 4 della Convenzione di Bruxelles, che consente all'autorità richiedente di partecipare – a certe condizioni – al compimento dell'atto rogato e di suggerire, all'occorrenza, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La preoccupazione è, dunque, che la Spagna riponga eccessiva fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti

giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi, senza verificare – nei casi di acquisizione della prova all'estero secondo il principio della *lex loci* – l'effettivo rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Impostazioni assolutizzanti – come ad esempio ritenere *tout court* valide le modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto, senza verificare con attenzione se, nel caso concreto, siano stati rispettati i diritti di difesa di indagato e imputato – rischiano di comportare arretramenti sul piano delle garanzie, oltre che di dare esiti giudiziali differenti a seconda che l'acquisizione probatoria abbia luogo in uno Stato straniero o nel territorio dello Stato richiedente.

Anche però gli interventi da ultimo varati⁴ se da un lato hanno il merito di aggiornare discipline datate per adattare la disciplina alle moderne esigenze del giusto processo e di dare attuazione ai più recenti strumenti del diritto dell'Unione europea adottati in materia, dall'altro lasciano irrisolti alcuni aspetti problematici.

2. Obiettivi

Alla luce di quanto sopra, questo scritto si propone anzitutto un obiettivo diagnostico ripercorrendo l'evoluzione della materia e le principali novità introdotte in riferimento alle seguenti problematica:

a) depoliticizzazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria, con la progressiva eliminazione del ruolo dell'autorità governativa. In particolare, l'intento è quello di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte, nell'ottica di assicurare tempi celeri di esecuzione delle richieste e di migliorare la qualità

⁴ Faccio riferimento alla *Ley 3/2018 (LA LEY 9482/2018)*, che modifica la *Ley 23/2014 (LA LEY 17707/2014)* sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea.

della cooperazione;

b) legge applicabile, con la progressiva attenuazione del principio della *lex loci* e il *favor* più di recente mostrato per la *lex fori*;

c) riduzione dei tempi di esecuzione della richiesta, nel tentativo di fornire una risposta a quello che da sempre viene considerato come uno dei principali fattori di ostacolo per la cooperazione giudiziaria;

d) utilizzabilità degli atti, per non pregiudicare l'impegno profuso in sede di cooperazione sovranazionale;

e) tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, con uno sguardo, in particolare, ai diritti di difesa di indagato e imputato nella fase di formazione della prova.

Il fine ultimo di questo studio resta, infatti, quello di verificare se la disciplina sull'assistenza giudiziaria probatoria tuteli le garanzie partecipative in linea con le moderne esigenze del giusto processo, obiettivo che – premessa la fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi – ha appunto portato all'emanazione dei più recenti strumenti normativi in materia, quali – da ultimo – la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

3. Metodologia

Per verificare il raggiungimento di tali obiettivi, nel presente lavoro si è anzitutto seguito un approccio di carattere storico.

Lo studio delle fonti normative succedutesi nel tempo ha consentito di cogliere la linea evolutiva attraverso cui si è finora sviluppato il sistema di assistenza giudiziaria.

Sono state in particolar modo analizzate, nel lavoro, le soluzioni di volta in volta apprestate per risolvere i problemi e le criticità della

materia, e questo ha permesso di cogliere la nuova attenzione che il legislatore riserva al tema della cooperazione internazionale in ambito penale.

Unitamente a questo metodo, nel presente lavoro si è fatto uso anche di un approccio interdisciplinare.

Proprio le soluzioni adottate in altri settori hanno garantito, in ambito penale, il passaggio da una collaborazione tra Stati attuata a distanza a forme di cooperazione partecipata.

Il riferimento è in particolare alla Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 1905.

La materia della rogatoria internazionale è comunque regolata da una pluralità di fonti anche europee e di derivazione internazionale, e questo ha imposto di prendere in considerazione tanto il diritto dell'Unione europea quanto quello internazionale pure – ma non solo – per l'influenza che hanno avuto sulle normative processuali interne.

Il presente scritto si basa, in ogni caso, principalmente sull'analisi normativa e giurisprudenziale.

Da un lato, lo studio della disciplina – interna e internazionale – in tema di assistenza giudiziaria probatoria ha consentito di verificare l'impatto che la regolamentazione adottata ha avuto sul piano dell'effettiva acquisizione di una prova all'estero, e di evidenziare meriti e limiti di ciascun intervento in relazione a tutta una serie di aspetti, specie per ciò che attiene al fronte delle garanzie partecipative. Dall'altro, proprio le esigenze di tutela per i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti hanno portato la Corte europea dei diritti dell'Uomo ad individuare, attraverso un'attenta opera di bilanciamento tra i contrapposti interessi, le garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova all'estero.

Nel presente lavoro si è anche utilizzato il metodo comparatistico.

La scelta della Spagna come Paese con il quale operare la comparazione era stata dettata dalla *Ley 3/2018 (LA LEY 9482/2018)*, di recente adottata per dare attuazione alla direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'ordine europeo di indagine penale, e si pensava che il raffronto con esperienze diverse avrebbe magari potuto spiegare l'atteggiamento del legislatore italiano di non dare attuazione agli obblighi di carattere sovranazionale o la tendenza a ridurre la portata innovativa degli accordi con una disciplina anacronistica e in contrasto con gli obiettivi della cooperazione.

Si è invece preso atto non solo dell'esistenza di una normativa datata, anche se nel tempo, più volte, sottoposta a modifiche e a integrazioni, ma anche del singolare atteggiamento della giurisprudenza spagnola non del tutto in linea con le istanze di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

4. Risultati attesi

Malgrado nel tempo si siano registrate, nella materia dell'assistenza giudiziaria probatoria, novità positive che hanno consentito un innalzamento degli standard della cooperazione penale – quali, ad esempio, l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte, la riduzione dei tempi di esecuzione della richiesta, l'evoluzione verso forme di cooperazione partecipata e la progressiva attenuazione del principio della *lex loci* per il *favor* più di recente mostrato per la *lex fori* – ancora molta strada c'è da percorrere, specie per ciò che concerne la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Lo scopo del presente lavoro è, allora, quello di analizzare i principali strumenti adottati in materia per cogliere la linea evolutiva attraverso

cui si è sviluppato (e si sta ancora sviluppando) il sistema di assistenza giudiziaria penale; lo studio consentirà, in particolare, di verificare in che misura il diritto internazionale abbia inciso sulle garanzie partecipative da assicurare nella fase di formazione della prova all'estero.

In quest'ottica, il passaggio da una collaborazione tra Stati attuata a distanza a forme di cooperazione partecipata risponde all'intento di consentire all'autorità rogante di partecipare al compimento dell'atto per suggerire forme e procedure specifiche al fine dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Se è vero che, nel tempo, si è avuta una maggiore attenzione per il tema delle garanzie partecipative dell'imputato – complice anche il ruolo centrale svolto dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nell'individuazione delle garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova –, preoccupa ancora la scarsa considerazione del legislatore per i diritti di difesa di indagato e imputato.

Nella Convenzione di Strasburgo, la partecipazione del difensore all'espletamento dell'atto rogato è concepita, infatti, come una presenza passiva, e consentita peraltro alla sola condizione che la Parte richiesta vi acconsenta; non è così garantita, in modo certo, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa.

Anche la Convenzione di Bruxelles, sul versante dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, contiene una disciplina carente e ambigua.

Non solo nessuna disposizione prevede la partecipazione di soggetti privati alle attività rogatorie, ma tale partecipazione – pur non esclusa e anzi astrattamente possibile laddove rientrando tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante – non è garantita in modo

certo, essendo sottoposta all'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente.

In linea, dunque, con la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, la Convenzione di Bruxelles sembra concepire la partecipazione del difensore all'espletamento dell'atto rogato come una presenza passiva, occorrendo, a tal fine, un'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente.

Infine, la scelta operata dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale di rimettere l'effettività dell'assistenza difensiva all'iniziativa dell'autorità di emissione appare, ancora una volta, in contrasto con l'obiettivo di migliorare la collaborazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Sebbene sia prevista la possibilità che l'indagato, l'imputato e il difensore sollecitino l'autorità giudiziaria competente ad emettere un ordine europeo di indagine penale, la direttiva tace su qualsivoglia profilo di intervento o coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale.

L'OEI, infatti, ammette la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo – partecipazione che l'autorità di esecuzione può negare solo postulando la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento – ma non anche quella della difesa che, seppur non esclusa, non viene riconosciuta dal nuovo testo normativo.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore possa non assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La scarsa considerazione riservata ai diritti difensivi dei soggetti

coinvolti, primi fra tutti indagati e imputati, non appare più tollerabile e anzi, attesa l'evoluzione avutasi nella materia dell'assistenza giudiziaria probatoria, ci si sarebbe aspettati – dai più innovativi strumenti di raccolta e di acquisizione della prova all'estero – una più attenta regolamentazione delle garanzie partecipative.

In assenza di previsioni in linea con i diritti di difesa, è toccato alla Corte europea dei diritti dell'Uomo elaborare allora una serie di criteri finalizzati ad assicurare, attraverso un attento bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco, adeguata tutela alle garanzie partecipative dei tanti soggetti coinvolti.

Capitolo 2

L'assistenza probatoria nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea

Sommario

1. Premessa
2. L'incidenza delle convenzioni di assistenza giudiziaria civile sull'evoluzione della cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero
3. La Convenzione di Strasburgo di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa
4. L'accordo fra Italia e Stati Uniti per la reciproca assistenza giudiziaria nel caso Lockheed
5. Il Trattato Italia-Usa sulla mutua assistenza in materia penale
6. L'Accordo Italia-Svizzera
7. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen
8. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea
 - 8.1. La giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza rogatoriale
 - 8.2. Tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria
 - 8.3. La normativa applicabile
 - 8.5. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio nell'assunzione della prova penale in altri Stati membri
 - 8.6. L'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero
 - 8.7. La videoconferenza transnazionale
 - 8.8. L'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica
 - 8.9. Le intercettazioni delle telecomunicazioni
 - 8.10. Le squadre investigative comuni
 - 8.11. Conclusioni provvisorie sulle novità introdotte dalla Convenzione del 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea

9. Il mutuo riconoscimento

9.1. La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove

9.2. L'ordine europeo d'indagine penale. L'evoluzione del principio del mutuo riconoscimento

10. L'armonizzazione processuale su alcune garanzie di indagati e imputati nei procedimenti penali

11. La Procura europea

12. La c.d. proposta di Regolamento e-Evidence

1. Premessa

La materia della rogatoria internazionale è regolata da una pluralità di fonti; a disciplinare l'istituto concorrono, infatti, norme interne e fonti di derivazione internazionale⁵.

Ne risulta un insieme di disposizioni assai articolato e complesso, entro cui l'interprete è chiamato a individuare la disciplina di volta in volta applicabile secondo il "percorso" sintetizzato nell'art. 696 c.p.p.⁶, che, nei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, come da ultimo modificato dal d.lgs. n. 149/2017, accorda prevalenza al diritto dell'Unione europea, alle convenzioni e al diritto internazionale generale, e valore meramente residuale alle norme codicistiche.

Ed è proprio al diritto internazionale che si deve il superamento del modo con cui, per molto tempo, è stata intesa l'assistenza giudiziaria: una «forma di cooperazione di tono minore»⁷, per certi versi secondaria «rispetto alle intese in tema di estradizione»⁸.

Sono, in particolare, alcune convenzioni bilaterali e multilaterali a segnare l'evoluzione della materia, assumendo, per la prima volta, ad oggetto specifico ed esclusivo della loro regolamentazione l'istituto della rogatoria internazionale⁹.

La nuova attenzione che il legislatore riserva all'assistenza giudiziaria denota una più accentuata sensibilità per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale, che ha assunto, nel corso degli anni, importanza sempre crescente.

Nel tentativo di assicurare l'efficienza del sistema, si avverte, già a livello internazionale, il bisogno di sperimentare forme di collaborazione differenti, per adattare le istanze della cooperazione alle mutate esigenze della giustizia penale.

⁵ Pare, infatti, preferibile "parlare" di norme "di origine" o di "provenienza" internazionale, piuttosto che di fonti internazionali *tout court*, posto che, con l'inciso «convenzioni internazionali in vigore per lo Stato», l'art. 696 c.p.p. ha inteso sottolineare «che la concreta applicabilità delle convenzioni dipende dal perfezionamento del trattato sul piano del diritto internazionale, oltre che dal compimento di quanto è necessario per renderlo esecutivo sul piano del diritto interno».

Occorrerà pertanto verificare, ai fini dell'operatività dell'accordo internazionale, non solo la validità e piena efficacia della convenzione in ambito internazionale ma anche l'espletamento – nel diritto interno – delle procedure di ratifica ed esecuzione del trattato.

Il nostro ordinamento si adegua, invece, alle norme di diritto internazionale generale in forza dell'art. 10, comma 1, Cost.

⁶ E. Zanetti, 2003, p. 75.

⁷ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 129; G. La Greca, 2003, p. 6 e ss.

⁸ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 129.

⁹ Basti solo pensare che inizialmente erano i trattati di estradizione ad offrire ospitalità al nucleo originario delle rogatorie.

L'analisi dei principali strumenti adottati consentirà, allora, di verificare in che misura il diritto internazionale abbia inciso sulla materia della rogatoria, e di evidenziare meriti e limiti di ciascun intervento.

L'indagine permetterà anche di cogliere la linea evolutiva attraverso cui si è sviluppato (e si sta ancora sviluppando) il sistema di assistenza giudiziaria penale. In particolare, si analizzeranno le soluzioni di volta in volta adottate per risolvere i problemi che, da sempre, ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie. Andrà non solo verificato l'impatto della regolamentazione sul piano dell'effettiva acquisizione di una prova all'estero, ma l'analisi si incentrerà anche – e soprattutto – sugli aspetti che – più di tutti – incidono sull'evoluzione della materia, quali quelli della c.d. giurisdizionalizzazione dell'assistenza rogatoriale, della normativa applicabile, della partecipazione della difesa e del diritto al contraddittorio nella formazione della prova, della utilizzabilità degli atti e dei tempi di esecuzione delle rogatorie.

2. L'incidenza delle convenzioni di assistenza giudiziaria civile sull'evoluzione della cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero

Il passaggio, in ambito penale, da una collaborazione tra Stati attuata a distanza – senza la possibilità, per l'autorità rogante, di partecipare al compimento degli atti oggetto di rogatoria – a forme di cooperazione partecipata avviene mutuando schemi e soluzioni propri di altri settori.

Sono, in particolare, alcune norme dettate in materia di assistenza giudiziaria civile a incidere positivamente sulla cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero.

La Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905¹⁰, prevede, infatti, una prima attenuazione del principio del *locus regit actum*, consentendo all'autorità richiedente, previa comunicazione della data e del luogo di esecuzione dell'attività richiesta, di assistere al compimento dell'atto rogato¹¹.

La previsione introduce una nuova idea di cooperazione tra Stati nell'attività di

¹⁰ Cfr. Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905.

¹¹ Art. 11, paragrafo 2, della Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905.

acquisizione della prova all'estero, perché consente, all'autorità rogante, di partecipare – sia pure entro certi limiti – al compimento dell'atto rogato, suggerendo, all'occorrenza, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Accanto alla possibilità per l'autorità richiedente di assistere al compimento dell'atto, la Convenzione ammette pure la facoltà per l'autorità rogante di domandare l'esecuzione della rogatoria secondo una forma speciale «*sempre che detta forma non sia contraria alle leggi dello Stato richiesto*»¹².

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della possibilità di procedere all'espletamento dell'atto rogato secondo forme speciali¹³, risponde all'intento di scongiurare il rischio che l'impegno profuso in sede di cooperazione tra Stati possa essere vanificato da una declaratoria di inutilizzabilità, ove le modalità di espletamento dell'attività richiesta (proprie dello Stato rogato) non risultino in linea con le istanze di difesa e di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Dello stesso tenore anche convenzioni successive, ormai non più in vigore¹⁴; oltre alla possibilità, per l'autorità rogante, di assistere al compimento dell'atto, detti accordi permettevano anche allo Stato rogato di procedere all'esecuzione della rogatoria secondo le forme speciali prospettate dall'autorità richiedente, se non in contrasto con le leggi dello Stato richiesto.

Ed è proprio nel solco di questo filone evolutivo che si colloca la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, sottoscritta a Strasburgo il 20 aprile 1959.

3. La Convenzione di Strasburgo di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa

La Convenzione del 1959, stipulata nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa, rappresenta «il primo accordo sorto esclusivamente per l'assistenza giudiziaria penale»¹⁵.

¹² Art. 14 della Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905.

¹³ Art. 14 della Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905.

¹⁴ Sul punto, v. D. Vigoni, 1986, p. 469; M. R. Marchetti, 2005, p. 180; D. Vigoni, 2003, p. 421.

¹⁵ E. Zanetti, 2003, p. 80.

Aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa e all'adesione, previo invito del Comitato dei Ministri, dei Paesi non membri, la Convenzione¹⁶ è entrata in vigore il 12 giugno 1962.

Si tratta di un accordo internazionale di stampo tradizionale, in cui è dato riscontrare tutti gli elementi storicamente caratterizzanti la cooperazione interstatale in materia di acquisizione probatoria transnazionale.

Ad esempio, l'art. 15 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale prevede che la trasmissione delle rogatorie avvenga attraverso i Ministeri della giustizia delle due Parti.

Al rappresentante del potere esecutivo spetta, dunque, il compito di filtrare le richieste di assistenza; a lui è attribuito, nelle procedure di inoltro delle domande, il ruolo di tramite indispensabile tra autorità giudiziaria richiedente e autorità giudiziaria richiesta.

A questa regola fa eccezione la previsione che ammette, per ragioni di urgenza, l'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale, allo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte nelle procedure rogatorie¹⁷.

L'art. 15, paragrafo 2, prevede infatti, in caso di urgenza, la possibilità per l'autorità giudiziaria della Parte richiedente di trasmettere direttamente la domanda di rogatoria all'autorità giudiziaria della Parte richiesta senza il filtro dell'autorità governativa, sintomo di una ingerenza politica nell'amministrazione della giustizia che causa ritardi e inefficienze.

La norma fa salvo, in ogni caso, il normale canale ministeriale per la trasmissione delle relative risposte; anche dunque nell'ipotesi di inoltro diretto tra autorità giudiziarie, la Convenzione preserva il ruolo delle autorità centrali, attraverso l'obbligato passaggio ai rappresentanti del potere esecutivo degli atti diretti all'autorità richiedente.

Oltre al peso determinante attribuito alle autorità ministeriali, la Convenzione si segnala per prevedere, di regola, nell'esecuzione delle richieste di rogatoria, l'applicazione del principio del *locus regit actum* (o *lex loci*): la Parte richiesta procede, cioè, all'espletamento dell'atto rogato nelle forme previste dalla propria legislazione.

Tuttavia, anche sul punto, la Convenzione ammette alcune deroghe, per

¹⁶ La Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con l. 23 febbraio 1961, n. 215.

¹⁷ E. Calvanese, 2002, p. 1661.

scongiurare il rischio che l'impegno profuso in sede di cooperazione tra Stati possa essere vanificato da una declaratoria di inutilizzabilità, ove le modalità di esecuzione dell'attività richiesta (proprie dello Stato rogato) non risultino in linea con le istanze di difesa e di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

In particolare, l'art. 4, prevede che «se la parte richiedente lo domanda espressamente, la parte richiesta la informerà della data e del luogo di esecuzione della rogatoria», e che «le autorità e le persone in causa potranno assistere a questa esecuzione se la parte richiesta vi consenta».

L'art. 4 postula dunque, indefettibilmente, la domanda – promanante dall'autorità richiedente – di assistere all'esecuzione della rogatoria, e il consenso dell'autorità richiesta.

Il Rapporto esplicativo sulla Convenzione europea ha cura di precisare che l'espressione «assistere» equivale a «essere presente»¹⁸; tuttavia, al fine di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, e per non vanificare lo sforzo profuso in sede di esecuzione di una rogatoria internazionale, la Raccomandazione R(80) 8 del Comitato dei Ministri agli Stati membri afferma che «nell'applicare l'art. 4 della Convenzione, e sotto riserva delle disposizioni della propria legge interna, l'autorità competente dello Stato richiesto dovrebbe far largo uso della facoltà di permettere alle autorità dello Stato richiedente e alle persone in causa di assistere all'esecuzione delle commissioni rogatorie e di collaborare a ciò in ogni misura possibile»¹⁹.

L'art. 4 CEAG introduce, dunque, una nuova idea di cooperazione tra Stati nell'attività di acquisizione della prova all'estero e una modalità di collaborazione per certi versi assimilabile a «una sorta di concelebrazione dell'atto istruttorio»²⁰; se, infatti, la facoltà di «assistere all'esecuzione della rogatoria», intesa quale mera possibilità di presenziare all'espletamento della richiesta, appare il contenuto minimo della disposizione, è indubbio che la norma consenta la partecipazione al compimento dell'atto rogato – sia pure entro certi limiti – dell'autorità richiedente.

All'autorità rogante compete pertanto una *facultas instandi*²¹, ossia la possibilità di suggerire, al momento del compimento dell'atto rogato, gli accorgimenti

¹⁸ D. Vigoni, 1986, p. 470.

¹⁹ D. Vigoni, 2003, cit., p. 424.

²⁰ D. Vigoni, 1986, p. 471.

²¹ D. Vigoni, 2003, p. 423.

necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero²².

L'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa si iscrive, dunque, tra le forme di cooperazione partecipata, e rappresenta la prima attenuazione del principio del *locus regit actum*.

Proprio dall'art. 4, è dato evincere l'attenzione che lo strumento normativo in questione riserva al tema della partecipazione della difesa nella fase di assunzione della prova penale all'estero.

In particolare, l'art. 4 prevede che le autorità e «le persone in causa» potranno assistere all'esecuzione della rogatoria se lo Stato richiesto vi consenta; appare dunque evidente come la partecipazione del difensore all'espletamento dell'atto rogato sia concepita come una presenza passiva, e consentita peraltro alla sola condizione che la Parte richiesta vi acconsenta²³.

La disciplina risulta, sul versante delle garanzie partecipative, ambigua e carente.

La Convenzione, infatti, non garantisce in modo certo, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa, che nel nostro ordinamento, come in quello di altri Paesi europei, assurge a garanzia irrinunciabile.

È allora compito dell'autorità giudiziaria richiedente di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori) al compimento dell'atto rogato, potendo, in ogni caso, il giudice nazionale verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova²⁴.

L'arretratezza che lo strumento normativo mostra sul piano della tutela del

²² M. R. Marchetti, 2005, p. 181.

²³ S. Ruggeri, 2015, p. 152.

²⁴ Sul punto, v. Corte costituzionale, sentenza 25 luglio 1995 (13 luglio 1995), n. 379, che, nel distinguere tra norme che regolano l'assunzione della prova e norme che ne disciplinano l'utilizzazione, ha così stabilito: «la norma impugnata (art. 2 l. n. 215/1961 nella parte in cui, dando esecuzione alla convenzione del 1959, consente l'utilizzazione in fase dibattimentale di prove testimoniali assunte attraverso rogatorie internazionali senza la presenza del difensore dell'imputato) sulla base di un'interpretazione costituzionalmente vincolata dal rispetto della garanzia sancita dal secondo comma dell'art. 24 della Costituzione, non solo consente che il giudice italiano, prima dell'espletamento dell'atto, si avvalga di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), ma non preclude in alcun modo all'Autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà, ai principi fondamentali del nostro ordinamento, dell'atto assunto per rogatoria, e, quindi, di accertare, caso per caso, se il contenuto dello stesso, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato».

contraddittorio e del diritto di difesa rischia di pregiudicare l'impegno profuso in sede di cooperazione internazionale.

Ai fini della utilizzabilità di un atto, non basta, infatti, che questo risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui è stato assunto, ma occorre anche che dette modalità non si pongano in contrasto con le leggi proprie di ciascun ordinamento afferenti all'esercizio inderogabile dei diritti della difesa²⁵.

Non possono, allora, essere condivise quelle affermazioni secondo cui le prove assunte nel rispetto della Convenzione siano, per ciò stesso, pienamente utilizzabili, dovendosi invece valutare – alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente – la non contrarietà, ai principi fondamentali, dell'atto assunto per rogatoria²⁶.

Occorrerà dunque accertare, caso per caso, se l'atto rogato, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato nello Stato rogante.

Infine, sul piano della contrazione dei tempi di esecuzione della richiesta, giova ricordare come l'art. 15 paragrafo 2 della Convenzione – come già ricordato – consenta, nei casi urgenti, di ricorrere a una modalità di trasmissione più snella rispetto all'iter di regola seguito, contribuendo a rendere più celere e agevole la cooperazione penale tra Stati in tema di acquisizione della prova all'estero.

4. L'accordo fra Italia e Stati Uniti per la reciproca assistenza giudiziaria nel caso Lockheed

Con il d.l. 1 aprile 1976 n. 76, il Presidente della Repubblica ha reso esecutivo l'accordo stipulato a Washington il 29 marzo 1976 fra il Ministro della giustizia italiano e il Dipartimento della giustizia degli Stati Uniti d'America, relativo alla «reciproca assistenza alle autorità giudiziarie o di polizia dei due Stati in ordine alle presunte attività commerciali illecite svolte in Italia dalla società Lockheed e da società sussidiarie o ad essa affiliate».

Si tratta di un accordo di estremo interesse soprattutto per le novità procedurali che esso contiene rispetto alle forme tradizionali di assistenza giudiziaria

²⁵ Anche se, è il caso di "dirlo", queste conclusioni non valgono in assoluto. Esistono, infatti, ordinamenti europei dove, in sede di valutazione di ammissibilità di "overseas evidence", ci si limita piuttosto alla sola verifica concernente il rispetto della *lex loci*.

²⁶ D. Vigoni, 2003, p. 423; M. R. Marchetti, 2005, p. 181.

internazionale²⁷.

L'art. 1 dell'Accordo riguarda le modalità di trasmissione delle richieste di assistenza giudiziaria; la norma impone alle Parti di inoltrare le domande attraverso i normali canali diplomatici.

L'Accordo non appare, dunque, sul punto particolarmente innovativo, preferendo, alle nuove modalità di trasmissione – improntate a maggiore semplicità e speditezza procedurale²⁸ –, il sistema di inoltro per via diplomatica, che, il più delle volte, è causa di notevoli ritardi.

È invece sul piano delle concrete modalità di assunzione della prova all'estero che si registrano le principali novità. Accanto allo strumento della rogatoria internazionale e alla possibilità – per le autorità richieste – di eseguire l'atto rogato secondo la *lex loci* (con, al più, la facoltà – per l'autorità richiedente – di «assistere all'esecuzione della rogatoria»)²⁹, si ammette ora, sia pure tra due Paesi specifici e per la soluzione di un singolo caso giudiziario³⁰, che le autorità di uno Stato possano procedere all'acquisizione diretta della prova all'estero conformemente alle regole della *lex fori*.

L'art. 7 prevede, infatti, che i funzionari delle autorità giudiziarie o di polizia di un Paese possano, nel territorio dell'altro Stato, compiere direttamente interrogatori, «a condizione che sia data preventiva comunicazione dell'identità delle persone da sentire e della località in cui l'interrogazione deve avere luogo», e ferma, in ogni caso, la facoltà dei rappresentanti dell'altra Parte di essere presenti a tali interrogatori.

Pure disciplinata è la possibilità che siano «raccolte testimonianze o dichiarazioni, e che vengano prodotti documenti ed altri materiali in conformità con le consuetudini e le norme di procedura del Paese richiedente», a patto di non interferire con indagini o procedimenti in corso nel Paese richiesto³¹.

Il richiamo alle norme di procedura dello Stato richiedente vale a garantire, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, l'osservanza delle garanzie

²⁷ R. Olivo, 1976, p. 901.

²⁸ F. D. Riccioli, 1977, p. 544.

²⁹ Il ricorso allo strumento della rogatoria internazionale si giustifica nel caso in cui, ad esempio, «un testimone residente negli USA rifiuti di essere esaminato dalle autorità italiane operanti in trasferta in quel Paese». R. Olivo, 1976, p. 904. In quest'ipotesi, l'autorità italiana può, tramite rogatoria, delegare l'assunzione della testimonianza alle autorità americane, le quali potranno fare uso dei poteri coercitivi, e imporre al testimone la coattiva comparizione in base alle proprie regole di procedura. L'uso dei poteri coercitivi è infatti precluso alle autorità italiane operanti in trasferta in altro Stato.

³⁰ R. Olivo, 1976, p. 904.

³¹ D. Vigoni, 2003, p. 429.

partecipative, nell'ottica – anche – dell'utilizzabilità dell'atto rogato.

5. Il Trattato Italia-Usa sulla mutua assistenza in materia penale

È il trattato tra Italia e Stati Uniti sulla mutua assistenza in materia penale, firmato il 9 novembre 1982³², a prospettare – fra le convenzioni bilaterali – la più avanzata ipotesi di cooperazione tra Stati, con clausole duttili e aperte a forme di collaborazione che consentono anche la partecipazione diretta delle persone autorizzate all'esecuzione della rogatoria³³.

L'Accordo ammette la possibilità, per la Parte rogata, di dar corso alla richiesta, previa espressa domanda dell'autorità richiedente, secondo una forma speciale, sempre se non incompatibile «con le leggi» dello Stato richiesto.

L'art. 4 introduce, dunque, una deroga al principio della *lex loci*, per il tramite dell'imposizione – nell'esecuzione della richiesta – dell'osservanza delle forme speciali espressamente indicate (se non in contrasto con la legge dello Stato richiesto).

La disposizione non prevede la partecipazione dei soggetti interessati alle attività rogatorie, ma detta partecipazione non è esclusa e anzi deve ritenersi astrattamente possibile laddove rientrante tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante.

L'inciso “modalità indicate nella richiesta” dovrebbe essere interpretato, infatti, estensivamente, e ricomprendere anche la possibilità che la Parte richiedente domandi che le autorità giudiziarie del proprio ordinamento o il difensore siano, ad esempio, presenti alla deposizione di un testimone.

Ciò, chiaramente, al fine di garantire da un lato la partecipazione della difesa nella fase di assunzione della prova all'estero e dall'altro l'utilizzabilità del materiale probatorio rogato.

L'art. 14 in materia di esame testimoniale ammette poi, previo consenso dello Stato richiesto, «la presenza» dell'imputato, del suo difensore e «delle persone incaricate dell'applicazione delle leggi penali cui si riferisce la richiesta» al

³² Cfr. Trattato bilaterale in vigore tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Italiana sulla mutua assistenza in materia penale, firmato il 9 novembre 1982 (c.d. Trattato di Mutua Assistenza del 1982).

³³ D. Vigoni, 2003, p. 427.

compimento dell'atto³⁴, e consente, alle persone autorizzate, di «proporre domande al testimone in conformità con le leggi dello Stato richiesto»³⁵ e di porre «ulteriori domande», nonché di «chiedere l'esecuzione di altri atti istruttori»³⁶.

La presenza delle persone autorizzate al compimento dell'atto è da intendersi non unicamente quale mera facoltà di assistere all'espletamento dell'atto rogato, quanto, piuttosto, nel senso di garantire alle persone autorizzate di partecipare direttamente all'espletamento dell'atto rogato.

La partecipazione dei soggetti interessati è, pertanto, funzionale alla realizzazione del principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti³⁷ e a garantire, nello Stato richiesto, l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La norma muove verso il parziale superamento del criterio di sovranità-territorialità³⁸, e si iscrive – nella misura in cui consente alle persone autorizzate di porre domande al testimone – tra le nuove forme di collaborazione partecipata.

6. L'Accordo Italia-Svizzera

L'esigenza di rendere più lineari e veloci i rapporti di collaborazione internazionale ha portato alla redazione dell'Accordo tra Italia e Svizzera, ratificato con l. 5 ottobre n. 367.

L'accordo, firmato a Roma il 10 settembre 1998, a completamento e integrazione della Convenzione di Strasburgo, rappresenta una modalità di aggiornamento bilaterale della Convenzione stessa, che all'art. 26 paragrafo 3 prevede la possibilità di concludere accordi bilaterali per completarne le disposizioni o facilitare l'applicazione dei principi in essa contenuti³⁹.

Tra le principali novità introdotte va segnalata quella diretta a creare dei

³⁴ D. Vigoni, 1986, p. 474; M. R. Marchetti, 2005, p. 427.

³⁵ Art. 14, paragrafo 4, Trattato di Mutua Assistenza del 1982.

Da intendersi come possibilità di proporre domande nell'ambito di quelle formulate dall'autorità precedente. M. R. Marchetti, 2005, p. 184.

³⁶ Art. 14, paragrafo 5, Trattato di Mutua Assistenza del 1982.

È dunque possibile un ampliamento a temi non oggetto dell'esame fino a quel momento condotto dall'autorità rogata, nonché il compimento di ulteriori atti istruttori che risultassero, a seguito della testimonianza, opportuni o necessari. M. R. Marchetti, 2005, p. 184.

³⁷ La previsione consentirebbe di attuare i criteri di immediatezza, oralità e contraddittorio anche nella raccolta della prova all'estero. D. Vigoni, 2003, p. 428.

³⁸ D. Vigoni, 2003, p. 428.

³⁹ M. R. Marchetti, 2001, p. 1563.

meccanismi di cooperazione che assicurino la celerità dell'espletamento delle rogatorie.

Nel tentativo di ridurre i tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria, l'accordo consente – in alternativa alla procedura prevista all'art. 15 della CEAG – la trasmissione diretta delle rogatorie (art. XVII), e introduce un «innovativo meccanismo di dialogo e di controllo reciproco sui tempi di esecuzione»⁴⁰.

L'art. V prevede, infatti, la possibilità che lo Stato richiedente indichi, illustrandone le ragioni in maniera adeguata, il termine entro il quale deve darsi seguito alla domanda.

L'impossibilità di osservarlo impone allo Stato richiesto una pronta informativa, comprendente anche la stima dei tempi necessari, onde consentire allo Stato rogante di valutare l'opportunità di mantenere o meno la richiesta di assistenza.

Una previsione analoga è stata da ultimo inserita, in termini pressoché analoghi, nella Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 (art. 4), al fine di risolvere il problema della lentezza nei tempi di espletamento delle richieste, che da sempre osta al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

L'accordo prevede poi, in deroga al principio del *locus regit actum*, che lo Stato richiesto, nell'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria, si attenga alle «modalità espressamente indicate dallo Stato richiedente», purché non contrarie «ai principi del diritto del proprio ordinamento»⁴¹.

Nell'ottica di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio e di non frustrare l'impegno profuso in sede di cooperazione tra Stati, l'accordo si occupa anche del tema della partecipazione della difesa nella fase di assunzione della prova penale all'estero.

Oltre a garantire la presenza delle autorità dello Stato richiesto, delle parti in causa e dei difensori al compimento dell'atto, l'art. IX consente alle persone in questione – previa autorizzazione – di formulare domande e di consultare gli atti.

⁴⁰ E. Calvanese, 2001, p. 1998 e ss. L'art. V prevede, infatti, la possibilità che lo Stato richiedente indichi, illustrandone le ragioni in maniera adeguata, «che l'esecuzione della domanda è urgente». Ove alla richiesta non si possa dare esecuzione, in tutto o in parte, «secondo le modalità di cui ai paragrafi 1 e 2», lo Stato richiesto è tenuto ad informare prontamente lo Stato richiedente. La disposizione consente, in caso di particolare ritardo, all'autorità competente dello Stato richiedente di formulare apposita istanza all'autorità centrale dello Stato richiesto, che «farà tutto il possibile per accelerare l'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria».

⁴¹ Cfr. Art. V, par. 1, Accordo Italia-Svizzera.

La partecipazione dei soggetti interessati è, pertanto, funzionale alla realizzazione del principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Sono però altre disposizioni dell'accordo a prospettare la più avanzata ipotesi di cooperazione penale tra Stati, prevedendo forme di collaborazione che consentono anche la possibilità di procedere all'acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*.

Si allude, in particolare, all'art. VI, che prevede il ricorso alla videoconferenza quale strumento alternativo alla rogatoria per la raccolta di prove testimoniali e per l'esame di periti.

Il collegamento mediante videoconferenza può essere, infine, disposto anche nei confronti della persona sottoposta a procedimento penale, solo dopo – però – averne acquisito il consenso.

Oltre a stabilire che l'esame venga direttamente condotto o comunque diretto, secondo quanto previsto dal diritto nazionale, dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente, l'accordo prevede espressamente la presenza del difensore, nel tentativo di assicurare, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa e il diritto al contraddittorio, che nel nostro ordinamento assurgono a garanzie irrinunciabili.

La previsione risulta, dunque, particolarmente innovativa e consente di cogliere il percorso evolutivo attraverso cui si snoda la materia della assistenza giudiziaria in materia penale, che da forme di collaborazione tra Stati attuate a distanza, sperimenta, più di recente, nuove modalità di cooperazione ravvicinate.

La norma – insieme a quella relativa alle indagini comuni⁴² – è oggi presente nella Convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, che rappresenta – per le novità introdotte – il punto di riferimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia di acquisizione probatoria transnazionale.

7. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen

Al fine di rendere più rapida la cooperazione, l'art. 53 della Convenzione⁴³ del 19 giugno 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985,

⁴² Cfr. art. XXI Accordo Italia-Svizzera.

⁴³ Ratificata con legge 30 settembre 1993, n. 388.

prevede, in luogo del tradizionale regime di trasmissione delle rogatorie previsto dall'art. 15 della CEAG, che le domande di assistenza giudiziaria possano essere inoltrate direttamente tra autorità giudiziarie, e rinviate per la medesima via, senza il filtro del Ministro della giustizia.

L'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale ha lo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte nelle procedure rogatoriali⁴⁴.

La previsione si spinge ben oltre il dettato di cui al paragrafo 2 dell'art. 15 della Convenzione europea del 1959 che, pur ammettendo, nei casi di urgenza, la possibilità per l'autorità giudiziaria della Parte richiedente di inoltrare direttamente la domanda di rogatoria all'autorità giudiziaria della Parte richiesta, fa in ogni caso salvo il normale canale ministeriale per la trasmissione delle relative risposte.

Anche dunque nell'ipotesi di inoltro diretto tra autorità giudiziarie, la Convenzione preserva il ruolo delle autorità centrali, attraverso l'obbligato passaggio ai rappresentanti del potere esecutivo degli atti diretti all'autorità richiedente.

La norma sembra, quindi, deporre per una tendenziale depoliticizzazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria e per la c.d. giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza⁴⁵.

8. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea

È però alla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata a Bruxelles con atto del Consiglio del 29 maggio 2000, che si devono le principali novità in tema di acquisizione della prova all'estero.

⁴⁴ E. Calvanese, 2002, p. 1661.

⁴⁵ R. Belfiore, 2014, p. 139.

Malgrado l'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale risponda all'intento di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte, al fine di assicurare tempi celeri di esecuzione della rogatoria, l'Italia sembra muovere in una direzione diversa. L'art. 6 della l. n. 388 del 1993 e, da ultimo, l'art. 204-*bis* disp. att. cp.p., come novellato dalla l. n. 367/2001, prevedono – senza peraltro specificarne le finalità – che l'autorità giudiziaria italiana, nel trasmettere o nel ricevere una rogatoria per la via diretta, debba darne notizia senza ritardo al Ministero della Giustizia. Sul punto, E. Calvanese, 2002, p. 1662.

La Convenzione, per la cui elaborazione sono stati necessari quasi 5 anni di attività negoziale, costituisce un prima importante attuazione degli interventi e delle iniziative da tempo programmati dal Consiglio Ue al fine di migliorare l'assistenza nel settore penale, senza trascurare – nella fase di assunzione della prova all'estero – i diritti di difesa di indagato e imputato e l'esigenza di formazione della prova nel contraddittorio delle parti⁴⁶.

Sebbene non sostituisca ma integri – al fine di completarne le disposizioni e facilitarne l'applicazione – la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959⁴⁷, e gli altri trattati vigenti tra gli Stati membri, quali la Convenzione di applicazione del 1990 dell'Accordo di Schengen del 1985 ed il Trattato Benelux di estradizione e di assistenza giudiziaria del 27 giugno 1962, la Convenzione di Bruxelles è in grado di regolamentare, da sola, per il contenuto ricco e articolato delle sue disposizioni, la cooperazione penale in tema di assunzione della prova all'estero.

Lo strumento ha solo di recente ricevuto attuazione in Italia ad opera del d.lgs. n. 5 aprile 2017, n. 52, adottato in forza della legge delega n. 149 del 2016, ma ha sempre rivestito grande importanza nello studio della materia, tanto da aver rappresentato – per le novità procedurali che esso contiene rispetto alle forme tradizionali di assistenza giudiziaria internazionale – il punto di riferimento non solo per i successivi interventi legislativi intrapresi a livello sovranazionale ma anche nei rapporti di cooperazione penale tra autorità straniere e italiane⁴⁸.

Sin dal preambolo vengono messi in luce i due principali obiettivi che la Convenzione vuole perseguire: assicurare, per un verso, la rapidità e l'efficienza del sistema di assistenza giudiziaria e, per l'altro, garantire – nella fase di assunzione della prova all'estero – il rispetto dei principi fondamentali del diritto dello Stato richiedente, al fine di evitare una declaratoria di inutilizzabilità ove le modalità di esecuzione dell'attività richiesta (proprie dello Stato rogato) non siano in linea con le istanze di difesa e di formazione della prova nel contraddittorio delle parti⁴⁹.

Appare dunque utile, al fine di cogliere le principali novità introdotte per risolvere i problemi che da sempre ostano al buon funzionamento della cooperazione penale

⁴⁶ E. Calvanese e G. De Amicis, 2000, p. 1052 ss.

⁴⁷ Con il relativo Protocollo Addizionale del 1978.

⁴⁸ R. Belfiore, 2014, p. 147.

⁴⁹ L. Salazar, 2000, p. 1535.

tra autorità giudiziarie, analizzare le novità normative apportate da questo strumento di diritto internazionale che hanno inciso sulla evoluzione della materia e contribuito al summenzionato fenomeno di depoliticizzazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria e di giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza.

8.1. La giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza rogatoriale

La Convenzione prevede che le richieste di assistenza giudiziaria «debbono» essere trasmesse direttamente tra le autorità giudiziarie competenti e rinviate per la medesima via, se non diversamente disposto (art.6)⁵⁰.

In ciò tale strumento normativo appare andare oltre le statuizioni della CAAS che, in luogo del tradizionale regime di trasmissione delle rogatorie previsto dall'art. 15 della CEAG e a differenza del tenore letterale dell'art. 6 della Convenzione di Bruxelles, ammette la «possibilità»⁵¹ che le domande di assistenza giudiziaria siano inoltrate direttamente tra le autorità giudiziarie e rinviate per la stessa via, senza il filtro del ministro della giustizia.

L'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale ha lo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte nelle procedure rogatoriali⁵².

La Convenzione sembra, quindi, deporre per una tendenziale depoliticizzazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria, allo scopo di velocizzare le procedure di trasmissione, escludendo il vaglio dell'autorità ministeriale, sintomo di una ingerenza politica nell'amministrazione della giustizia che causa ritardi e inefficienze.

La previsione consente, allora, di cogliere l'evoluzione dei modelli di

⁵⁰ Nulla impedisce ovviamente, ove preferibile in relazione a “casi specifici”, di continuare a rivolgersi ai tradizionali canali delle autorità centrali o, in caso di particolare urgenza, di INTERPOL. A tale ultimo riguardo Irlanda e Regno Unito (le cui autorità giudiziarie non sono di regola competenti a dare esecuzione alle richieste dirette di assistenza giudiziaria) si sono anzi espressamente riservate la possibilità di dichiarare, in sede di ratifica, che le richieste loro dirette debbano obbligatoriamente continuare a essere indirizzate alle rispettive autorità centrali. Per tutti gli Stati, invece, le richieste di trasferimento temporaneo di persone detenute e le notifiche delle sentenze di condanna continueranno comunque a dover transitare attraverso le autorità centrali. Sul punto, v. L. Salazar, 2000, p. 1537 e R. Belfiore, 2014, p. 149.

⁵¹ L. Salazar, 2000, p. 1537.

⁵² E. Calvanese, 2002, p. 1661.

cooperazione in materia di acquisizione della prova all'estero: da logiche prevalentemente domestiche, caratterizzate da meccanismi farraginosi e da ostacoli di natura politica, si passa a nuove forme di collaborazione diretta tra autorità giudiziarie, nell'ottica della creazione di uno spazio di giustizia europeo.

La cooperazione diretta tra autorità giudiziarie favorisce, infatti, una maggiore celerità delle procedure e la reciproca fiducia tra Stati; può, dunque, dirsi definitivamente superato l'approccio tradizionale caratterizzante l'assistenza giudiziaria internazionale, che assegnava alle autorità ministeriali nazionali una posizione centrale nelle relative dinamiche interstatuali, a scapito di procedure di trasmissione celeri ed efficaci.

8.2. Tempi di esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria

Per garantire la rapidità delle procedure, la Convenzione, oltre a prevedere – quale modalità ordinaria di trasmissione – l'inoltro diretto tra autorità giudiziarie, ammette anche la possibilità, nei casi di motivata urgenza, che lo Stato richiedente e quello richiesto interloquiscano sui tempi di esecuzione della domanda.

Si cerca in tal modo di fornire una pur parziale risposta a quello che da sempre viene considerato come uno dei principali fattori di ostacolo per la cooperazione giudiziaria⁵³.

Occorre peraltro ricordare come l'originario progetto della Convenzione non contenesse alcuna disposizione relativa ai tempi di risposta alle domande di assistenza, sebbene fosse stata denunciata la perdurante lentezza nelle procedure di cooperazione giudiziaria.

Si deve alla delegazione italiana il merito di avere per prima avanzato concrete proposte ai fini dell'inserimento, nella Convenzione, di disposizioni che si preoccupassero di affrontare il problema e che, pur sostanzialmente ridimensionate rispetto al loro contenuto iniziale, hanno finalmente trovato accoglimento all'interno dell'art. 4⁵⁴.

Il nuovo dispositivo prevede, da un lato, il rispetto, «nei limiti del possibile», dei termini che siano stati eventualmente indicati da parte dell'autorità richiedente e, dall'altro, l'instaurazione di una forma di “dialogo necessario” tra le autorità

⁵³ L. Salazar, 2000, p. 1537.

⁵⁴ *Ibid.*

giudiziarie coinvolte nella rogatoria.

L'autorità richiedente è infatti tenuta a rendere note le ragioni che l'hanno indotta a richiedere un termine per l'espletamento della rogatoria, mentre quella richiesta deve comunicare le ragioni che eventualmente non le consentano di eseguire la domanda entro tale termine.

Si prevede infatti che lo Stato richiesto dia seguito «il più rapidamente possibile» alla richiesta di assistenza giudiziaria, tenendo conto dei tempi (procedurali) indicati dalle autorità dello Stato richiedente. Qualora detti termini non possano essere rispettati, l'autorità dello Stato richiesto fornisce «prontamente» la stima dei tempi necessari per dare esecuzione alla richiesta, onde consentire allo Stato rogante la valutazione circa l'opportunità o meno di mantenere la domanda.

Ulteriori miglioramenti pratici in vista di una maggiore fluidità dei meccanismi di trasmissione delle domande di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri potranno aversi a seguito della piena attuazione dei contenuti e delle finalità dell'Azione comune adottata dal Consiglio Ue il 29 giugno 1998, sulle buone prassi nell'assistenza giudiziaria penale. L'art. 1 paragrafo 3, infatti, oltre ad ammettere la prioritaria trattazione delle rogatorie contrassegnate urgenti dalle autorità richiedenti, prevede che i vari Stati si impegnino a trasmettere, nei casi in cui alla domanda non possa darsi seguito in tutto o in parte, una relazione scritta o orale, precisando le difficoltà riscontrate ed offrendosi di valutare, assieme alle autorità richiedenti, come possano essere risolte⁵⁵.

8.3. La normativa applicabile

La Convenzione⁵⁶ prevede che, nell'espletamento dell'attività richiesta, lo Stato membro rogato osservi le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente, salvo che la Convenzione disponga altrimenti o che tali formalità e procedure siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto.

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della possibilità di procedere all'espletamento dell'atto rogato secondo forme speciali, sposta il baricentro dell'assistenza giudiziaria, per far sì che questa sia fornita nel

⁵⁵ E. Calvanese e G. De Amicis, 2000, p. 1055.

⁵⁶ Art. 4, paragrafo 1, Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

modo indicato dallo Stato membro richiedente, nell'intento di assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La Convenzione introduce, dunque, una nuova idea di cooperazione tra autorità nell'attività di acquisizione della prova all'estero, andando oltre la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, che prevede di regola, nell'esecuzione delle richieste di rogatoria, l'applicazione del principio del *locus regit actum* (o *lex loci*), salvo poi consentire, a determinate condizioni ed entro certi limiti, la partecipazione dell'autorità richiedente al compimento dell'atto rogato, nell'ottica dell'utilizzabilità della prova.

Come infatti già evidenziato, per scongiurare il rischio che lo sforzo profuso in sede di cooperazione possa essere vanificato da una declaratoria di inutilizzabilità, la Convenzione di Strasburgo ammette una prima attenuazione del principio del *locus regit actum*, permettendo all'autorità richiedente, previa comunicazione della data e del luogo di esecuzione dell'attività richiesta, di assistere al compimento dell'atto rogato e di suggerire, all'occorrenza, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La Convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati dell'Unione⁵⁷, invece, nell'imporre all'autorità richiesta di osservare «le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente» – sempre che queste non contrastino con i principi fondamentali dello Stato rogato e che la convenzione non disponga diversamente –, introduce una deroga al principio del *locus regit actum*, nell'ottica di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La disposizione risulta, dunque, profondamente innovativa rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa, e risponde all'intento di assicurare l'efficienza del sistema di assistenza giudiziaria.

8.4. Lo scambio spontaneo di informazioni

Nel tentativo di semplificare i rapporti di collaborazione tra Stati e di prevedere strumenti alternativi alla rogatoria tradizionale, caratterizzata da tempi di

⁵⁷ Cfr. art. 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, Bruxelles, 29 maggio 2000.

esecuzione lunghi⁵⁸, la Convenzione disciplina lo scambio spontaneo di informazioni.

L'istituto si deve a una intuizione della delegazione italiana nel corso delle trattative per l'accordo italo-svizzero del 1998, intuizione accolta positivamente dalla Germania che, durante la presidenza al Consiglio dell'Unione europea nel primo semestre del 1999, introduce, nella Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea⁵⁹, la possibilità che uno Stato, a mezzo della trasmissione diretta delle informazioni tra autorità, metta a disposizione di altro Stato informazioni utili a intraprendere o a portare a termine indagini e procedimenti, o ad avanzare una domanda di mutua assistenza, a prescindere da una previa richiesta di rogatoria⁶⁰.

In particolare, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, le autorità competenti degli Stati membri possono procedere ad uno scambio di informazioni, senza che, a tal fine, sia necessaria apposita domanda.

L'autorità che fornisce le informazioni può, secondo il diritto interno, imporre all'autorità destinataria condizioni per l'uso di tali informazioni, che devono essere osservate.

L'istituto si iscrive tra le nuove forme di cooperazione tra Stati e risponde alle mutate esigenze della giustizia penale che, nell'ottica di una più celere collaborazione tra autorità, fa propria l'esigenza «di svincolare l'aiuto prestato alle autorità giudiziarie straniere nella conduzione dei procedimenti penali alla presentazione da parte di queste ultime di un'apposita, formale richiesta»⁶¹.

8.5. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio nell'assunzione della prova penale in altri Stati membri

Sul versante delle garanzie partecipative, la Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea contiene una disciplina carente e ambigua. «Non solo nessuna disposizione prevede la partecipazione di soggetti privati alle attività rogatorie, ma tale partecipazione – pur non esclusa e anzi astrattamente

⁵⁸ Z. Secchi, 2003, p. 184.

⁵⁹ Cfr. art. 7 della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

⁶⁰ Z. Secchi, 2003, p. 184.

⁶¹ E. Calvanese, 2003, p. 458; R. Belfiore, 2014, p.152.

possibile laddove rientrante tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante – non è garantita in modo certo, essendo sottoposta all’esplicita richiesta dell’autorità giudiziaria procedente»⁶².

La Convenzione, infatti, non assicura, nella fase di assunzione della prova penale all’estero, la partecipazione della difesa, che nel nostro ordinamento assurge a garanzia irrinunciabile.

In linea con la Convenzione del Consiglio d’Europa del 1959, la Convenzione di Bruxelles sembra concepire la partecipazione del difensore all’espletamento dell’atto rogato come una presenza passiva, occorrendo, a tal fine, un’esplicita richiesta dell’autorità giudiziaria procedente.

Sul punto, il Rapporto esplicativo della Convenzione Ue ha cura di precisare che i termini “formalità e procedure” devono essere interpretati estensivamente e possono includere il caso in cui una richiesta indichi che un rappresentante delle autorità giudiziarie dello Stato membro richiedente o un difensore debbano essere autorizzati a presenziare alla deposizione di un testimone⁶³.

Nella prospettiva dell’ordinamento italiano pare allora, sulla base di una interpretazione costituzionalmente vincolata al rispetto della garanzia sancita dal secondo comma dell’art. 24 Cost., compito dell’autorità giudiziaria italiana richiedente di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il “consenso” dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori) al compimento dell’atto rogato, potendo, in ogni caso, il giudice nazionale verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l’atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova.

Ai fini della utilizzabilità di un atto, occorre, infatti, accertare, caso per caso, se l’atto rogato, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato nello Stato rogante.

L’arretratezza che lo strumento normativo mostra sul piano della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa rischia di pregiudicare l’impegno profuso in sede di cooperazione sovranazionale e di dare adito a declaratorie di inutilizzabilità, ove le modalità di esecuzione dell’attività richiesta non risultino in linea con i principi fondamentali dello Stato richiedente.

⁶² S. Ruggeri, 2015, p. 152.

⁶³ R. Belfiore, 2014, p.152.

8.6. L'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della possibilità di procedere all'espletamento dell'atto rogato secondo forme speciali, segna definitivamente il passaggio, in ambito penale, da una collaborazione tra Stati attuata a distanza a forme di cooperazione partecipata⁶⁴.

Ma anche il nuovo modello delineato dall'art. 4, paragrafo 1, della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, non risolve del tutto il problema dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Come si è evidenziato la Convenzione, non assicura, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa, e spetta semmai all'autorità giudiziaria richiedente attivarsi per ottenere il "consenso" dello Stato richiesto circa l'osservanza delle garanzie partecipative al momento del compimento dell'atto rogato, potendo, in ogni caso, il giudice nazionale verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova.

Inoltre, l'applicazione della *lex loci* in luogo della *lex fori* – quando appunto le forme speciali richieste siano in contrasto con i principi fondamentali dello Stato rogato – rischia di vanificare l'impegno profuso in sede di cooperazione transnazionale, ove l'attività compiuta nello Stato rogato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato da cui promana la domanda di assistenza giudiziaria.

Non può allora essere condivisa l'affermazione secondo cui le prove assunte nel rispetto della Convenzione sono, per ciò stesso, pienamente utilizzabili, spettando sempre al giudice nazionale la verifica sull'eventuale contrarietà – ai principi fondamentali del proprio ordinamento – dell'atto assunto per rogatoria; i diritti fondamentali della persona «non possono infatti venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato *richiedente*»⁶⁵.

⁶⁴ M. Pisani, 2002, p. 981.

⁶⁵ M. R. Marchetti, 2005, p. 43.

8.7. La videoconferenza transnazionale

Sono però altre disposizioni della Convenzione a prospettare la più avanzata ipotesi di cooperazione penale tra Stati, prevedendo forme di collaborazione che consentono anche la possibilità di acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*: si allude, in particolare, alla videoconferenza transnazionale, definita anche come rogatoria «del terzo tipo» o «a distanza ravvicinata»⁶⁶.

L'istituto, già previsto dall'Accordo Italia-Svizzera del 10 settembre 1998, trova la propria compiuta regolamentazione nella Convenzione del 29 maggio 2000, ed è poi ripreso in altri strumenti, quali la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo, dicembre 2000) e il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea del 1959, il cui art. 9, rubricato «Hearing by videoconference», riprende in larga misura l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles.

Secondo quanto stabilito dalla Convenzione⁶⁷, se una persona si trova nel territorio di uno Stato membro e deve essere ascoltata in qualità di testimone o di perito dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro, quest'ultimo può chiedere, ove per la persona in questione non sia opportuno⁶⁸ o possibile⁶⁹ comparire personalmente nel territorio dello Stato rogante, che l'audizione si svolga mediante videoconferenza.

Lo Stato membro richiesto acconsente a tale audizione se il ricorso alla videoconferenza «non sia contrario ai principi fondamentali del diritto nazionale» e a condizione che disponga degli strumenti tecnici per effettuare tale esame.

L'articolo (con una previsione che compare nell'Accordo italo-svizzero, ma non nella Convenzione di Palermo) prosegue stabilendo che, laddove lo Stato membro richiesto non disponga degli strumenti tecnici per realizzare la videoconferenza, questi possono, previo consenso dello Stato richiesto, essere messi a disposizione di quest'ultimo da parte dello Stato richiedente.

⁶⁶ M. Pisani, 2002, p. 983.

⁶⁷ Art. 10 Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

⁶⁸ Ad esempio, nei casi in cui il testimone sia particolarmente giovane o anziano, o in cattivo stato di salute.

⁶⁹ Nei casi in cui il testimone correrebbe un grave pericolo qualora comparisse sul territorio dello Stato membro richiedente.

Ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 10, così come dell'art. 9 del Secondo Protocollo e dell'art. VI dell'Accordo italo-svizzero, lo Stato richiedente procede a indicare i motivi per cui non è opportuna o possibile la presenza del testimone o del perito nel suo territorio, nonché a specificare il nome dell'autorità giudiziaria e delle persone fisiche che procederanno all'audizione.

La Convenzione di Bruxelles⁷⁰ stabilisce che lo Stato membro richiesto deve disporre la comparizione dei soggetti di prova (testimoni o periti) secondo le forme previste dalla propria legislazione interna⁷¹.

Lo svolgimento dell'audizione segue regole precise: è intanto prevista la presenza di un'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, se del caso assistita da un interprete.

Tale autorità, oltre a procedere all'identificazione della persona convocata per l'audizione, è tenuta a garantire «il rispetto dei principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto» e, nel caso in cui riscontri la violazione di detti principi, a questa compete un ruolo di intervento immediato e di interdizione, mediante i provvedimenti ritenuti necessari «per assicurare che l'audizione continui a svolgersi» nel rispetto dei principi fondamentali della *lex loci*.

Le autorità competenti dei due Stati «concordano poi, se del caso, misure relative alla protezione della persona da ascoltare», applicando anche misure previste nell'ordinamento dello Stato richiedente.

L'audizione «è però condotta direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno».

A differenza delle fasi fino ad ora disciplinate – alle quali si applica la *lex loci* –, lo svolgimento dell'esame segue invece le regole della *lex fori*.

Ciò significa che è il «diritto interno» dello Stato richiedente a regolamentare le modalità dell'audizione e quindi – come chiarisce il Rapporto esplicativo della Convenzione UE – ad assicurare che la persona da ascoltare abbia «gli stessi diritti che avrebbe se partecipasse ad una audizione nello Stato membro richiedente», con tutte le conseguenze in punto di utilizzabilità della prova.

Un discorso a parte merita l'esame tramite videoconferenza per la partecipazione a distanza dell'imputato.

Sul punto, occorre segnalare che l'art. 10 della Convenzione non contiene una

⁷⁰ V. Art. 10 paragrafo 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

⁷¹ È possibile, quindi, anche adottare forme coercitive di comparizione.

disciplina esaustiva dell'istituto, richiedendo solo il previo consenso dell'imputato⁷² per l'audizione a distanza e rinviando ad intese fra gli Stati membri relativamente alla possibilità di procedere all'esame mediante videoconferenza e alle modalità di svolgimento dello stesso.

Il paragrafo 9 dell'art. 10 della Convenzione demanda infatti al Consiglio dell'Unione europea l'adozione di «norme che risultino necessarie per la tutela dei diritti dell'imputato», senza che però detta evenienza costituisca «un presupposto indispensabile per l'applicazione del § 9».

La Convenzione, dunque, nel prevedere solo che l'esame venga direttamente condotto o comunque diretto, secondo quanto previsto dal diritto nazionale, dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente, rinvia alle soluzioni adottate dall'ordinamento nazionale di quest'ultimo circa le modalità e le possibilità di partecipazione della difesa, con una disciplina che appare, ancora una volta, sul versante delle garanzie partecipative, carente e ambigua.

Sebbene al soggetto da esaminare debba essere assicurato il diritto all'interprete (peraltro, solo se ritenuto necessario), non figura – in seno alla Convenzione – il diritto a essere affiancato da un difensore, garanzia essenziale invece in alcuni ordinamenti giuridici, specie in relazione a situazioni particolari.

Al contrario, gli interessi in gioco avrebbero richiesto una più attenta regolamentazione da parte del legislatore dell'Unione europea sul tema delle garanzie partecipative dell'imputato; aspetto, quest'ultimo, che l'audizione «a distanza», sia pure supportata dalle opportune strumentazioni e dai più specifici accorgimenti procedurali, rischia in qualche misura di pregiudicare.

La scelta di rimettere l'effettività dell'assistenza difensiva alle soluzioni operate dal diritto nazionale appare in contrasto con l'obiettivo di «migliorare» la collaborazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, attuando una cooperazione «rapida ed efficace, compatibile con i principi fondamentali di ciascuno Stato membro e nel rispetto dei diritti individuali, nonché dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» del 1950⁷³; obiettivo che – premessa la fiducia «nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi» – aveva appunto portato all'emanazione della Convenzione di Bruxelles e dalla quale era lecito attendersi una più attenta

⁷² Non necessario, come si è visto, per testimoni e periti.

⁷³ M. Pisani, 2002, p. 984.

regolamentazione delle garanzie partecipative.

Ne consegue che – a meno che l'autorità giudiziaria del Paese richiesto presente durante l'interrogatorio sia dell'avviso che un principio fondamentale del proprio ordinamento sia stato violato – la persona interrogata in videoconferenza nel corso di un'indagine transnazionale può essere privata dell'assistenza difensiva anche in casi che nel contesto di procedimenti nazionali ne garantirebbero la presenza secondo il diritto dello Stato richiesto⁷⁴.

Sul fronte dei diritti di difesa dell'imputato, l'Accordo italo-svizzero sembrerebbe, invece, meno ambiguo della Convenzione di Bruxelles.

Il paragrafo 9 dell'art. VI dell'Accordo assicura infatti la partecipazione all'esame di un difensore, «il quale potrà indifferentemente essere presente nel luogo dove si trova la persona sottoposta a procedimento penale, oppure avanti l'autorità giudiziaria dello Stato richiedente», ammettendosi, in detta ultima ipotesi, la possibilità per il difensore di «colloquiare riservatamente con il suo assistito mediante strumenti tecnici idonei».

8.8. L'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica

Tra le disposizioni della Convenzione che consentono l'acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*, v'è anche quella relativa all'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica, possibile solo a condizione che la persona da sentire presti il proprio consenso e purché tale tecnica sia prevista dalla legislazione dello Stato richiedente e non sia contraria ai principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto⁷⁵.

Le modalità di svolgimento dell'audizione sono rimesse a successivi accordi tra gli Stati, limitandosi la Convenzione di Bruxelles, come il Secondo Protocollo della Convenzione del 1959 (il cui art. 10 riprende in larga misura l'art. 10 della Convenzione del 2000), solo a individuare gli obblighi minimi dello Stato richiesto, funzionali alla corretta instaurazione dell'esame.

Ai sensi della Convenzione, lo Stato membro richiesto ha l'obbligo di notificare,

⁷⁴ S. Ruggeri, 2015, p. 152 e ss.

⁷⁵ Art. 11 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

all'interessato, la data e il luogo dell'audizione, e deve poi procedere all'identificazione del testimone o del perito, verificando che questi acconsenta all'esame.

L'utilizzo di questa modalità di assunzione della prova orale si apprezza per esigenze di proporzionalità, specie in relazione ai casi in cui sia necessario, ad esempio, acquisire da un testimone una dichiarazione su una questione di *routine*, e appaia dunque del tutto sproporzionato il ricorso ad altri strumenti, quali quelli della videoconferenza e della rogatoria tradizionale.

È infine esclusa – a differenza di quanto disposto per l'audizione tramite videoconferenza – la possibilità di esaminare per telefono l'imputato; esigenze di proporzionalità e celerità non possono, infatti, per nessun motivo, pregiudicare i diritti di difesa e le garanzie partecipative dello stesso.

8.9. Le intercettazioni delle telecomunicazioni

La disciplina sulle intercettazioni delle telecomunicazioni, come regolata dal titolo III (artt. 17-22) della Convenzione di Bruxelles, si iscrive tra le nuove forme di cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, con la possibilità – per l'autorità del Paese richiedente – di partecipare, a certe condizioni, al compimento dell'atto rogato.

Ai sensi della Convenzione, l'autorità competente di uno Stato membro, nel rispetto dei requisiti previsti dal proprio diritto interno, può richiedere, ai fini di un'indagine penale, all'autorità di un altro Stato membro, di procedere all'intercettazione e alla trasmissione immediata di telecomunicazioni, provvedendo direttamente – l'autorità richiedente – all'ascolto e alla registrazione dell'intercettazione.

Resta salva, in ogni caso, la possibilità per lo Stato richiesto di procedere alla registrazione e alla successiva trasmissione della stessa in favore dello Stato rogante, ove la trasmissione immediata della telecomunicazione non sia possibile.

La disciplina evidenzia, dunque, l'importanza assunta, nell'evoluzione della materia, dalle nuove forme di cooperazione partecipata, in sostituzione di modalità di collaborazione tra Stati attuate a distanza, che si segnalano per prevedere, nell'esecuzione delle richieste di rogatoria, l'applicazione del principio

del *locus regit actum* ad opera dello Stato richiesto.

Sono diversi i casi contemplati dalla Convenzione che possono dar luogo all'assistenza giudiziaria finalizzata a operazioni di intercettazioni.

La prima ipotesi si ha quando lo Stato membro, per poter intercettare nel proprio territorio, necessita dell'assistenza tecnica di un altro Stato membro, e segnatamente di quello nel cui territorio è situata la stazione d'ingresso⁷⁶: è il caso di una richiesta di intercettazione satellitare di telecomunicazioni, che lo Stato richiesto deve poter ottemperare senza particolari formalità⁷⁷.

La seconda ipotesi è rappresentata dalla domanda di assistenza giudiziaria che uno Stato membro inoltra ad altro Stato membro al fine di poter effettuare operazioni di intercettazione nel territorio del secondo. Si allude, questa volta, alle intercettazioni delle telecomunicazioni terrestri e satellitari⁷⁸, e lo Stato rogato accoglie la richiesta a condizione che l'intercettazione possa essere disposta in un caso analogo a livello nazionale.

La terza ipotesi si ha, invece, quando uno Stato membro, per intercettare una telecomunicazione satellitare nel territorio di un altro Stato, necessita dell'assistenza giudiziaria di un altro Stato ancora. In questo caso, la Convenzione prevede che il rapporto rogatorio si instauri direttamente tra lo Stato richiedente e quello nel cui territorio è collocata la stazione di ingresso, che è il solo a disporre degli strumenti tecnici idonei per effettuare l'intercettazione (Stato rogato).

Ai sensi della Convenzione, lo Stato tenuto a eseguire l'intercettazione ha l'obbligo di informare lo Stato nel quale si svolge la telecomunicazione da

⁷⁶ Per le telecomunicazioni satellitari «è previsto un complesso sistema composto da satelliti e da una struttura tecnologica situata a terra (stazione d'ingresso o di terra) che serve più Paesi ed è solo presso questa stazione d'ingresso che possono essere effettuate le intercettazioni: ad esempio, una conversazione telefonica satellitare tra due persone in Germania può essere intercettata dalle autorità tedesche solo richiedendo assistenza all'Italia, ove è situata la stazione d'ingresso». Z. Secchi, 2003, pp. 207-208.

⁷⁷ È prevista, inoltre, la possibilità (art. 19) che, attraverso una mera modificazione del *software* della stazione d'ingresso, lo Stato richiedente proceda direttamente ad intercettare la telecomunicazione che si svolge nel proprio territorio, tramite un *server* collegato alla stazione d'ingresso e senza il coinvolgimento dello Stato in cui si trova la stazione d'ingresso. Z. Secchi, 2003, p. 208. L'art. 19 Conv. ass. giud. pen. UE stabilisce che gli Stati sul cui territorio si trova la stazione di ingresso consentono l'installazione dei "telecomandi" in modo da rendere accessibili ai fini dell'intercettazione, e per il tramite di un fornitore di servizi, i sistemi di telecomunicazione. M. R. Marchetti, 2005, p. 242.

⁷⁸ Nel caso delle intercettazioni satellitari l'ipotesi si concretizza quando queste devono essere effettuate nel territorio dello Stato dotato di stazione d'ingresso. Z. Secchi, 2003, p. 208.

intercettare, che a sua volta, entro 96 ore dall'informazione⁷⁹, deve autorizzare o meno l'intercettazione medesima.

In ogni caso, dopo l'informazione, lo Stato rogato procede all'intercettazione delle telecomunicazioni.

Nulla quaestio se lo Stato informato autorizzi l'intercettazione, ma nella diversa ipotesi in cui non acconsenta alla stessa, questi potrebbe, a seconda dei casi, esigere l'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto o porre delle condizioni alla sua utilizzazione.

In assenza, dunque, della decisione dello Stato informato, l'intercettazione può essere avviata e proseguita ma, di regola, il materiale probatorio così raccolto non potrà essere utilizzato, a meno che non risulti necessario per prevenire un pericolo grave e immediato per la sicurezza pubblica.

L'ultima ipotesi concerne il caso in cui uno Stato debba intercettare nel territorio di altro Stato, senza che però necessiti dell'assistenza tecnica di nessuno.

Come nell'ipotesi precedente, anche in questo caso, lo Stato richiedente è tenuto ad informare lo Stato nel cui territorio si svolga la telecomunicazione da intercettare, il quale, a sua volta, entro 96 ore dall'informazione, e fatta sempre salva la possibilità di proroga fino a un massimo di 8 giorni, dovrà autorizzare o meno l'intercettazione.

Il rifiuto opposto all'intercettazione consente allo Stato informato, ancora una volta, di esigere l'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto, o di porre condizioni alla sua utilizzazione.

8.10. Le squadre investigative comuni

L'art. 13 della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione prevede la possibilità di costituire squadre investigative comuni per il compimento di attività d'indagine congiunte all'interno del territorio dell'Unione europea⁸⁰.

⁷⁹ Salva, in ogni caso, la possibilità di ottenere una proroga del termine fino a un massimo di otto giorni, decorrenti dalla scadenza delle 96 ore.

⁸⁰ Il legislatore sovranazionale è approdato all'adozione delle squadre investigative comuni per facilitare le indagini congiunte al di fuori del tradizionale perimetro segnato dalle procedure rogatorie. Le squadre investigative comuni rappresentano uno strumento di assistenza che più di altri rivela il nuovo spirito di collaborazione che il legislatore europeo ha voluto imprimere alla

Lo strumento si colloca tra le nuove tecniche di cooperazione giudiziaria e risponde all'obiettivo di delineare una strategia adeguata di contrasto alla criminalità organizzata, nella consapevolezza della necessità di un'azione congiunta tra gli Stati contro il crimine transfrontaliero⁸¹.

Non sembra infatti possibile poter affrontare un problema ormai transnazionale in una cornice necessariamente delimitata da singole risposte statuali.

L'intento è dunque quello di consentire, già a partire dalla fase investigativa, la costituzione di squadre investigative comuni per la conduzione di indagini transfrontaliere.

Ai sensi della Convenzione, dette squadre sono costituite, di comune accordo, dalle autorità competenti di due o più Stati membri, per uno scopo determinato e per una durata limitata, eventualmente prorogabile purché vi sia l'accordo di tutte le parti.

I presupposti per la costituzione della squadra sono indicati nell'art. 13 della Convenzione, che prevede la possibilità per gli Stati di creare squadre investigative comuni quando le indagini condotte da uno Stato membro comportino inchieste difficili e di notevole portata che abbiano un collegamento con altri Stati membri, e quando più Stati membri svolgano indagini che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati.

In ossequio al principio di diritto internazionale della *lex loci*, è previsto che la squadra operi «in conformità al diritto dello Stato membro in cui interviene», non potendo pretendersi che lo Stato sul cui territorio si compie l'attività d'indagine applichi norme diverse dalle proprie, in assenza di una deroga esplicita.

L'applicazione del principio del *locus regit actum*, a garanzia del dogma della

cooperazione giudiziaria, nella consapevolezza della necessità di un'azione comune tra gli Stati membri già a partire dalla fase investigativa.

L'istituto è disciplinato dalla Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 (nell'art. 13) e dalla decisione quadro 2002/465/GAI (che dell'art. 13 della Convenzione riproduce fedelmente il testo). Le ragioni della doppia base giuridica risalgono alle aspettative – deluse – del legislatore eurounitario di dare, con la decisione quadro, un forte impulso alle squadre investigative comuni, inibite dal lento processo di ratifica della Convenzione (ai sensi dell'art. 5 del testo della decisione quadro, gli effetti di quest'ultima cesseranno non appena entrerà in vigore la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale). L'Italia, per ultima, ha provveduto ad adottare le necessarie misure di implementazione della decisione quadro nel febbraio 2016, con il decreto legislativo n. 34; un ritardo particolarmente imbarazzante in considerazione dell'avvenuta ratifica, da parte del nostro Paese, della Convenzione del 2000 soltanto nello scorso luglio 2016, con la l. n. 149.

R. Belfiore, 2016, p. 3886 e ss.; A. Mangiaracina, 2004, p. 2189 e ss.; G. Melillo, 2008, p. 121 e ss.; M. Perrotti, 2016, p. 1007 e ss.

⁸¹ R. Belfiore, 2014, p. 165.

sovranità statale, rischia però di vanificare lo sforzo profuso in sede di cooperazione sovranazionale e l'esito delle operazioni condotte dalle squadre, ove l'attività compiuta nel territorio di uno Stato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato del procedimento.

La Convenzione non contiene altresì alcuna previsione volta ad assicurare la partecipazione della difesa alle attività delle squadre investigative comuni, «una partecipazione garantita – in base al riferimento alla *lex loci* – solo se e nella misura consentita dal diritto processuale dello Stato nel cui territorio la squadra opera»⁸².

All'attuazione del principio della *lex loci* è legata, altresì, la previsione secondo cui il compito di direzione della squadra non può che spettare ai rappresentanti dello Stato membro nel cui territorio questa si trova ad operare. Con la conseguenza però che, ogni qualvolta si interverrà nel territorio di uno Stato diverso, muterà il soggetto posto a capo della squadra. Tale soluzione, ancorché sia espressione della volontà di salvaguardare il principio della sovranità, al contempo suscita talune perplessità in ordine alle possibili ricadute sul coordinamento delle indagini⁸³.

La frammentazione nella direzione delle indagini rischia, infatti, di pregiudicare l'operato della squadra, compromettendone in parte le potenzialità⁸⁴.

8.11. Conclusioni provvisorie sulle novità introdotte dalla Convenzione del 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea

La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea introduce, dunque, significative novità in tema di acquisizione della prova all'estero.

La Convenzione prevede, *in primis*, in linea con gli obiettivi enunciati nel preambolo, un sistema di inoltro diretto delle richieste di rogatoria tra le autorità giudiziarie, in luogo del tradizionale regime di trasmissione delle domande previsto dall'art. 15 CEAG.

⁸² S. Ruggeri, 2015, p. 152.

⁸³ A. Mangiaracina, 2004, p. 2196.

⁸⁴ R. Belfiore, 2014, p. 168.

La norma depone, quindi, per una tendenziale depoliticizzazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria, allo scopo di velocizzare le procedure di trasmissione, escludendo il vaglio dell'autorità ministeriale, sintomo di una ingerenza politica nell'amministrazione della giustizia che causa ritardi e inefficienze.

Ancora, per assicurare la rapidità e l'efficienza del sistema di assistenza giudiziaria, la Convenzione, ammette poi la possibilità, nei casi di motivata urgenza, che lo Stato richiedente e quello richiesto interloquiscano sui tempi di esecuzione della domanda, secondo il meccanismo delineato dall'art. 4 della Convenzione.

Si cerca in tal modo di fornire una pur parziale risposta a quello che da sempre viene considerato come uno dei principali fattori di ostacolo per la cooperazione giudiziaria⁸⁵.

Nel tentativo di semplificare ulteriormente i rapporti di collaborazione tra Stati, e di prevedere strumenti alternativi alla rogatoria tradizionale – caratterizzata da tempi di esecuzione lunghi –, la Convenzione disciplina pure nuove forme di cooperazione⁸⁶, che fanno propria l'esigenza «di svincolare l'aiuto prestato alle autorità giudiziarie straniere nella conduzione dei procedimenti penali alla presentazione da parte di queste ultime di un'apposita, formale richiesta»⁸⁷.

È sul piano della legge applicabile che, però, si registrano le maggiori novità.

La Convenzione⁸⁸ prevede che, nell'espletamento dell'attività richiesta, lo Stato membro rogato osservi le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente, salvo che la Convenzione disponga altrimenti o che tali formalità e procedure siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto.

La deroga al principio del *locus regit actum*, attuata con la previsione della possibilità di procedere all'espletamento dell'atto rogato secondo forme speciali, sposta il baricentro dell'assistenza giudiziaria, per far sì che questa sia fornita nel modo indicato dallo Stato membro richiedente, nel tentativo di assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La disposizione risulta, dunque, profondamente innovativa rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa, e risponde all'intento di garantire

⁸⁵ L. Salazar, 2000, p. 1537.

⁸⁶ Quali lo scambio spontaneo di informazioni.

⁸⁷ E. Calvanese, 2003, p. 458; R. Belfiore, 2014, p.152.

⁸⁸ Art. 4, paragrafo 1, Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

l'efficienza del sistema di assistenza giudiziaria.

Sul versante delle garanzie partecipative, la Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea contiene invece una disciplina carente e ambigua, malgrado l'obiettivo di assicurare – nella fase di assunzione della prova all'estero – il rispetto delle istanze di difesa e di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

La Convenzione non assicura, infatti, al compimento dell'atto rogato, la partecipazione della difesa, che non solo nei sistemi nazionali ma anche nel diritto UE assurge a garanzia irrinunciabile, e sembra rimettere all'autorità giudiziaria richiedente il compito di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il “consenso” dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori) al compimento dell'atto rogato.

Malgrado – allora – la deroga introdotta al principio del *locus regit actum* dall'art. 4 paragrafo 1, non sembra essere del tutto risolto il problema dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Spetta, infatti, sempre al giudice nazionale dello Stato rogante verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova.

Il rischio è, cioè, che il giudice nazionale pervenga a una declaratoria di inutilizzabilità ove riscontri una violazione delle garanzie partecipative nella fase di assunzione della prova penale all'estero, e ciò, ad esempio, nel caso in cui l'autorità rogante non domandi la partecipazione del difensore al compimento dell'atto quando questa è prevista, nello Stato richiedente, a pena di inutilizzabilità.

Inoltre, l'applicazione della *lex loci* in luogo della *lex fori* – quando appunto le forme speciali richieste siano ritenute in contrasto con i principi fondamentali dello Stato rogato – rischia di vanificare l'impegno profuso in sede di cooperazione sovranazionale, ove l'attività compiuta nello Stato rogato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato da cui promana la domanda di assistenza giudiziaria.

Non possono, allora, essere condivise quelle affermazioni secondo cui le prove assunte nel rispetto della Convenzione sono, per ciò stesso, pienamente utilizzabili, spettando al giudice nazionale la verifica sull'eventuale contrarietà –

ai principi fondamentali del proprio ordinamento – dell'atto assunto per rogatoria. Sono però altre disposizioni della Convenzione a prospettare la più avanzata ipotesi di cooperazione penale tra Stati, prevedendo forme di collaborazione che consentono anche la possibilità di acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*: si allude, in particolare, alla videoconferenza transnazionale, all'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica e alle intercettazioni delle telecomunicazioni.

Anche, però, rispetto a queste innovative modalità di acquisizione della prova all'estero, la disciplina convenzionale risulta nuovamente carente sul versante delle garanzie partecipative.

Ad esempio, nel caso dell'esame tramite videoconferenza per la partecipazione a distanza dell'imputato, sebbene al soggetto da esaminare debba essere assicurato il diritto all'interprete (peraltro, solo se ritenuto necessario), non figura – in seno alla Convenzione – il diritto a essere affiancato da un difensore, garanzia essenziale invece in alcuni ordinamenti giuridici, specie in relazione a situazioni particolari.

Gli interessi in gioco avrebbero, al contrario, richiesto una disciplina più attenta sul tema delle garanzie partecipative dell'imputato; aspetto, quest'ultimo, che l'audizione «a distanza», sia pure supportata dalle opportune strumentazioni e dai più specifici accorgimenti procedurali, rischia in qualche misura di pregiudicare.

La scelta di rimettere l'effettività dell'assistenza difensiva alle soluzioni operate dal diritto nazionale appare, allora, in contrasto con l'obiettivo di «migliorare» la collaborazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea; obiettivo che – premessa la fiducia «nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi» – avrebbe richiesto, da parte della Convenzione stessa, proprio una più attenta regolamentazione delle garanzie partecipative.

Ne consegue, come giustamente è stato osservato, «che – a meno che l'autorità giudiziaria del Paese richiesto presente durante l'interrogatorio sia dell'avviso che un principio fondamentale del proprio ordinamento sia stato violato – la persona interrogata in videoconferenza nel corso di un'indagine transnazionale può essere privata dell'assistenza difensiva anche in casi che nel contesto di procedimenti nazionali ne garantirebbero la presenza secondo il diritto dello Stato richiesto»⁸⁹.

⁸⁹ S. Ruggeri, 2015, p. 152 e ss.

Infine, la Convenzione prevede pure nuove modalità di cooperazione giudiziaria, nel tentativo di elaborare una strategia adeguata di contrasto al crimine transfrontaliero.

L'art. 13 della Convenzione ammette, infatti, la possibilità di costituire squadre investigative comuni per il compimento di attività d'indagine congiunte all'interno del territorio dell'Unione europea.

La previsione – in aderenza al principio della *lex loci* – che la squadra operi «in conformità al diritto dello Stato membro in cui interviene», rischia però di vanificare l'esito delle operazioni condotte dalle squadre, ove l'attività compiuta nel territorio di uno Stato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato del procedimento.

La Convenzione non contiene altresì alcuna previsione volta ad assicurare la partecipazione della difesa alle attività delle squadre investigative comuni, «una partecipazione garantita – in base al riferimento alla *lex loci* – solo se e nella misura consentita dal diritto processuale dello Stato nel cui territorio la squadra opera»⁹⁰.

Malgrado, dunque, le significative novità apportate dalla Convenzione, non sembrano essere stati risolti, in via definitiva, i problemi che, da sempre, ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie, specie quelli afferenti alle istanze di difesa e di partecipazione, e all'utilizzabilità del materiale probatorio.

9. Il mutuo riconoscimento

La più significativa innovazione introdotta dal diritto dell'Unione europea è rappresentata dal principio del mutuo riconoscimento, posto – da un certo momento in poi – a fondamento della collaborazione giudiziaria, per la sua capacità di assicurare l'efficienza del sistema e di adeguare le istanze della cooperazione alle mutate esigenze.

Ciò spiega la decisione, assunta in occasione del Consiglio europeo di Tampere, di elaborare un articolato programma di misure volto all'attuazione del principio *de quo*, nel tentativo di agevolare la raccolta di elementi di prova in un contesto

⁹⁰ S. Ruggeri, 2015, p. 152.

transfrontaliero e di promuoverne l'ammissibilità davanti al giudice⁹¹.

In particolare, nelle Conclusioni del vertice si staglia l'idea di affidare le sorti della cooperazione penale al principio secondo il quale – in un clima di fiducia reciproca tra gli Stati e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie – la decisione resa da uno Stato membro «sarà tale da essere accettata equivalente a quella che avrebbe adottato lo Stato interessato»⁹².

Il mutuo riconoscimento implica, infatti, di riconoscere e di dare esecuzione, salvo tassativi e limitati motivi di rifiuto, ai provvedimenti pronunciati dai giudici di altri Stati membri, senza più alcun margine valutativo in capo all'autorità giudiziaria richiesta.

Il principio mira, dunque, al superamento del *request model* e, inteso quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale (oltre che civile), consente di realizzare un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie⁹³, nonostante l'assenza di un livello anche solo minimo di armonizzazione legislativa⁹⁴.

Con la decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedura di consegna tra Stati, si è data per la prima volta attuazione al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale.

Il primo tentativo di innestare il principio del mutuo riconoscimento in ambito probatorio si deve, invece, alla decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, la quale ha previsto, per un rilevante numero di reati, l'immediata esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, che devono essere considerati «alla stessa stregua di una decisione di blocco o di sequestro emanata da un'autorità dello Stato membro di esecuzione», al fine di impedire «atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di prove»⁹⁵.

Ma il percorso volto a sostituire, anche nella materia della ricerca e della circolazione delle fonti di prova, gli strumenti tradizionali di assistenza giudiziaria con le forme del reciproco riconoscimento, giunge a compimento solo con la

⁹¹ L. Camaldo e F. Cerqua, 2014, p. 3511.

⁹² G. Melillo, 2006, p. 265 e ss.

⁹³ R. Belfiore, 2014, p.184.

⁹⁴ Vedremo poi, nel prosieguo della trattazione, se il mutuo riconoscimento possa davvero prescindere da una previa omogeneizzazione delle legislazioni nazionali almeno su alcuni aspetti di fondo.

⁹⁵ L. Camaldo e F. Cerqua, 2014, p. 3511 e ss.

decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove e con la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

9.1. La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove

In linea con la decisione, assunta in occasione del Consiglio europeo di Tampere, di porre a fondamento della cooperazione giudiziaria il principio del mutuo riconoscimento, il 18 dicembre 2008 viene adottata la decisione quadro 2008/978/GAI, definita quale misura prioritaria per l'attuazione del principio *de quo*⁹⁶. Di recente, però, la decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove è stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

L'intento era comunque quello di introdurre uno strumento che consentisse il superamento delle logiche del *mutual legal assistance model*, in favore di nuove forme di collaborazione basate sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Il mandato europeo di ricerca della prova estendeva il principio del mutuo riconoscimento alle decisioni giudiziarie volte a ottenere l'acquisizione di prove nel territorio dell'Unione, e integrava le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione extraterritoriale dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Quest'ultima, infatti, nel prevedere l'immediata esecuzione nel territorio di uno Stato membro dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio resi dalla competente autorità giudiziaria di altro Stato membro – al fine di impedire qualsiasi operazione diretta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potessero costituire una fonte di prova –, lasciava «scoperto il successivo trasferimento delle relative acquisizioni probatorie, ancora disciplinato dalle tradizionali procedure di assistenza giudiziaria»⁹⁷.

Col mandato europeo di ricerca della prova si era inteso, dunque, non solo integrare le disposizioni della decisione quadro del 2003, prevedendo

⁹⁶ R. Belfiore, 2014, p.193; M. Menna, 2011, p. 370; R. Belfiore, 2008, p. 3894.

⁹⁷ V. Campilongo, 2014, p. 707 e ss.

l'applicazione del mutuo riconoscimento ai provvedimenti giudiziari volti a ottenere quanto sequestrato, ma anche estendere il principio *de quo* alle decisioni dirette all'acquisizione del materiale probatorio nel territorio dell'Unione, introducendo una nuova forma di assistenza non rogatoriale tra le diverse autorità giudiziarie interessate.

Il mandato europeo di ricerca della prova era una decisione giudiziaria emessa dall'autorità competente di uno Stato membro – c.d. Stato di emissione – per acquisire oggetti, documenti e dati da un altro Stato membro – c.d. Stato di esecuzione – al fine di un loro uso, in chiave probatoria, nell'ambito di procedimenti penali avviati dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione.

L'adozione del mandato era subordinata al concorso di una pluralità di condizioni. In primo luogo, gli oggetti, i documenti o i dati richiesti dovevano risultare acquisibili – anche attraverso misure diverse – in un caso analogo secondo la legislazione dello Stato membro di emissione, qualora disponibili nel territorio di quest'ultimo.

Ciò al fine di evitare che fossero elusi precisi divieti probatori previsti dalla normativa interna.

Era richiesto poi, per prevenire atteggiamenti poco collaborativi, che lo Stato membro di esecuzione assicurasse che le misure che sarebbero state disponibili in un caso analogo nazionale lo fossero anche ai fini dell'esecuzione di un mandato, e che determinate misure, tra cui perquisizione e sequestro, fossero adottabili quando un mandato era emesso per uno dei reati per i quali è abolito il requisito della doppia incriminazione.

Spettava, infatti, all'autorità dello Stato membro di esecuzione scegliere la misura che, conformemente alla legislazione nazionale, assicurasse la messa a disposizione degli oggetti, documenti o dati richiesti con il mandato, e a decidere sulla necessità di ricorrere a misure coercitive.

Infine, occorre che l'autorità dello Stato di emissione accertasse, prima dell'adozione del mandato europeo di ricerca della prova, che gli oggetti, i documenti o i dati richiesti fossero necessari e proporzionati ai fini del procedimento in corso.

Si trattava di condizioni dettate non solo per responsabilizzare le autorità giudiziarie a fare uso ponderato dello strumento del mandato ma anche per facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni.

La trasmissione aveva luogo direttamente tra le autorità giudiziarie competenti senza il filtro del ministro della giustizia.

L'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa aveva lo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte, nel tentativo di velocizzare le procedure di trasmissione.

La decisione quadro imponeva, inoltre, tempi di esecuzione brevi e la possibilità, nei casi di motivata urgenza, per le autorità dei due Stati di interloquire sui tempi di esecuzione del mandato⁹⁸.

All'obiettivo di ridurre i tempi di esecuzione rispondeva dunque il principio del mutuo riconoscimento, quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale (oltre che civile), che imponeva di riconoscere e di eseguire, salvo tassativi e limitati motivi di rifiuto (che costituiscono un *numerus clausus*), i provvedimenti pronunciati dai giudici di altri Stati membri.

Si cercava così di fornire una risposta a quello che da sempre viene considerato come uno dei principali fattori di ostacolo per la cooperazione giudiziaria.

L'ambito applicativo del nuovo strumento era circoscritto e limitato all'acquisizione di cose, documenti e dati rilevanti ai fini di una propria procedura penale (fatta eccezione per i certificati del casellario giudiziale, cui si applicano specifiche misure previste a livello europeo).

Esulavano dall'ambito applicativo del predetto strumento – a meno che non fossero già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione del mandato – le prove dichiarative, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni, i tabulati telefonici e telematici, che restavano acquisibili mediante i tradizionali strumenti di assistenza giudiziaria.

La decisione quadro 2008/978/GAI prestava, dunque, il fianco ad alcuni rilievi critici.

Lo strumento era, infatti, volto all'acquisizione delle sole prove precostituite – ossia del materiale probatorio già in possesso dell'autorità di esecuzione e formatosi secondo le regole della *lex loci* – col rischio che l'atto così ottenuto

⁹⁸ L'autorità giudiziaria competente era tenuta a dare esecuzione al mandato non oltre 60 giorni dalla data di ricezione dello stesso.

Lo strumento prevedeva anche la possibilità, per scadenze procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, che l'autorità dello Stato membro di emissione indicasse un termine di esecuzione più breve, che l'autorità dello Stato di esecuzione era tenuta a rispettare.

Qualora non fosse possibile farlo, l'autorità di esecuzione informava senza indugio l'autorità di emissione, indicando le ragioni del ritardo e il tempo necessario per l'attuazione del mandato.

In ogni caso, gli oggetti, i documenti o i dati acquisiti dovevano essere trasmessi senza indebito ritardo all'autorità dello Stato di emissione.

risultasse inutilizzabile nel processo penale di destinazione.

E infatti, «l'art. 78, comma 1, disp. att. c.p.p. prevede la possibilità di utilizzare una prova formata all'interno di un procedimento penale estero alle condizioni previste dall'art. 238 c.p.p.: la relativa documentazione può, cioè, essere acquisita al fascicolo per il dibattimento solo se la prova sia stata raccolta nel contraddittorio dibattimentale o nell'incidente probatorio, e, con precipuo riferimento alle prove dichiarative, solo se il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione della prova nel procedimento d'origine»⁹⁹.

Sebbene, dunque, la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove abbia rappresentato un passaggio importante nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova, lo strumento ha evidenziato i limiti del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri.

Il principio, infatti, non risolve del tutto il problema dell'utilizzabilità della prova raccolta all'estero, stante la possibilità che l'atto risulti acquisito secondo modalità confliggenti con le regole di ammissibilità vigenti nello Stato membro di emissione; mutuo riconoscimento che – ai fini dell'utilizzabilità del materiale probatorio nel processo penale di destinazione – avrebbe richiesto la previa omogeneizzazione delle legislazioni nazionali almeno su alcuni aspetti di fondo.

La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova mostrava, infine, una scarsa attenzione per le garanzie partecipative dei soggetti privati coinvolti nell'assunzione della prova all'estero.

Mancava, infatti, nel testo definitivo, qualunque riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere*, né era prevista alcuna forma di partecipazione della difesa nello svolgimento dell'attività probatoria nell'altro Stato membro, «partecipazione considerata probabilmente superflua dato l'ambito applicativo del MER, circoscritto all'assunzione di prove già in possesso dell'autorità estera»¹⁰⁰.

Ciò non sempre tuttavia era vero¹⁰¹, col risultato che il coinvolgimento della difesa dipendeva interamente dalle richieste dell'autorità di emanazione o da

⁹⁹ V. Campilongo, 2014, p. 707 e ss.

¹⁰⁰ S. Ruggeri, 2015, p. 153.

¹⁰¹ L'art. 4 paragrafo 6 della decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova consentiva l'assunzione di dichiarazioni delle persone presenti se richiesto dallo Stato ordinante e purché si trattasse di dichiarazioni collegate all'oggetto della prova documentale richiesta col mandato probatorio.

quanto prevedeva il diritto dello Stato di esecuzione.

9.2. L'ordine europeo d'indagine penale. L'evoluzione del principio del mutuo riconoscimento

La mancanza di raccordo tra gli strumenti esistenti in materia ingenera confusione tra gli operatori del diritto, che non sempre sono in grado di individuare lo strumento più adeguato per l'acquisizione della prova all'estero.

Nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea, la materia è, infatti, regolata dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, che non sostituisce ma integra la Convenzione europea del 1959 e tutte le altre fonti pattizie vigenti tra i Paesi membri.

Nonostante il superamento del canale ministeriale e l'abbandono del principio della *lex loci* a vantaggio di forme di assistenza più agili e snelle, la Convenzione non risolve, in via definitiva, i problemi che ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

Ad esempio, la scelta di ancorare i motivi di rifiuto di assistenza a valutazioni discrezionali, come quella di non contrarietà della domanda «ai principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto», rischia di pregiudicare la collaborazione tra le autorità in tema di acquisizione della prova all'estero.

Da qui, l'esigenza – maturata per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Tampere – di elaborare un articolato programma di misure volto all'attuazione del principio *de quo*, nel tentativo di agevolare, anche grazie alla previsione di limitati e tassativi motivi di rifiuto, la raccolta di elementi di prova in un contesto transfrontaliero e di promuoverne l'ammissibilità davanti al giudice.

Due sono gli strumenti che, in materia di ricerca ed acquisizione delle prove, attuano il principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali: la Decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio e la Decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

La prima decisione legittima l'immediata esecuzione dei provvedimenti giudiziari

– definiti “di congelamento” – intesi ad impedire qualsiasi atto volto a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero costituire una prova.

Superando la logica dell’assistenza intergovernativa tipica della procedura di *exequatur*, le autorità competenti dello Stato di esecuzione riconoscono, senza ulteriori formalità, il provvedimento di blocco o sequestro e adottano, senza indugio, le misure necessarie alla sua esecuzione, secondo quanto stabilito dal principio del mutuo riconoscimento.

Principio che però, come già evidenziato, opera limitatamente alla sola fase di congelamento, non estendendosi anche al successivo trasferimento delle relative acquisizioni probatorie, ancora formalmente regolato dalle procedure di assistenza giudiziaria.

Ad integrare la disciplina, nella più ampia ottica di completamento di un programma globale di misure attuative del principio del reciproco riconoscimento, è la Decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove.

Tale strumento, però, si caratterizza per un ambito applicativo circoscritto, limitato all’assunzione di prove già in possesso dell’autorità di esecuzione.

A fronte di un quadro normativo così complesso ed articolato, e in conseguenza dei limiti sopra evidenziati, matura l’idea di elaborare un nuovo e unico strumento di acquisizione transfrontaliera delle prove.

All’esito di un lungo *iter* legislativo¹⁰², il 3 aprile 2014 è stata adottata la Direttiva del Parlamento e del Consiglio sull’ordine investigativo europeo¹⁰³, che sostituisce¹⁰⁴ tutti gli strumenti di cooperazione presenti, vale a dire: la Convenzione del 1959 (e i suoi protocolli), la Convenzione del 1990 applicativa dell’accordo di Schengen, la Convenzione del 2000 (e il suo protocollo addizionale) e le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2008/978/GAI.

L’intento è quello di rimuovere la frammentarietà del sistema, che pregiudica l’obiettivo di semplificazione dei rapporti di collaborazione giudiziaria tra gli Stati membri.

L’ordine europeo d’indagine si sostanzia in una decisione giudiziaria emessa da

¹⁰² È del 29 aprile 2010 la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo sull’ordine investigativo europeo, presentata da otto Paesi Membri (Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Austria, Slovenia e Svezia).

¹⁰³ L. Bachmaier, 2015, p. 47 e ss.; G. De Amicis, 2018, p. 22 e ss.; E. Selvaggi, 2018, p. 44 e ss.; F. Manfredini, 2015, p. 4211 e ss.; R. Belfiore, 2015, p. 3288 e ss.

¹⁰⁴ Dal 22 maggio 2017.

un'autorità competente di uno Stato membro – “Stato di emissione” – ed immediatamente eseguita, fatta salva la possibilità di invocare motivi di rinvio o di rifiuto tassativamente elencati, da un'autorità competente di un diverso Stato membro – “Stato di esecuzione” –.

La trasmissione ha luogo direttamente tra le autorità giudiziarie competenti senza il vaglio del ministro della giustizia; l'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa ha lo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte.

La direttiva impone tempi di esecuzione brevi dovendo, la decisione sul riconoscimento, essere adottata «il più rapidamente possibile e comunque (..) entro trenta giorni dalla ricezione dell'ordine investigativo europeo» e, l'atto richiesto, essere compiuto senza ritardo (non oltre 90 giorni dalla decisione sul riconoscimento dell'ordine).

È fatta salva, altresì, la possibilità, per ragioni procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, che l'autorità di emissione indichi un termine di esecuzione più breve, o addirittura, la data specifica del compimento dell'atto di indagine.

All'obiettivo di ridurre i tempi di esecuzione risponde, dunque, il principio del mutuo riconoscimento che impone di riconoscere e di eseguire, salvo tassativi e limitati motivi di rifiuto (che costituiscono un *numerus clausus*), i provvedimenti pronunciati dai giudici di altri Stati membri.

La previsione di motivi di non riconoscimento e non esecuzione risponde all'intento di contemperare tra l'esigenza di semplificazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria in materia penale e quella di tutela dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione.

Si tratta di ipotesi circoscritte, in cui l'autorità di esecuzione, dopo aver consultato, con qualsiasi mezzo appropriato, l'autorità di emissione, ha la possibilità di “rifiutare” l'attuazione del provvedimento nel proprio territorio, interrompendo, in tal modo, l'automatismo, imposto dal principio del mutuo riconoscimento, tra la ricezione dell'ordine ed il compimento dell'atto investigativo¹⁰⁵.

La volontà di restringere l'ambito operativo dei motivi di rifiuto opponibili al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine è funzionale alle esigenze della

¹⁰⁵ G. Fiorelli, 2013, p. 712.

cooperazione e matura già a seguito della decisione quadro sul mandato di ricerca della prova.

Le numerose ipotesi di non riconoscimento, tradottesi in veri e propri impedimenti ad una strategia comune repressiva, hanno reso, infatti, il mandato di ricerca della prova privo di incisività nell'ambito della cooperazione investigativo-probatoria, attribuendo allo stesso una funzione meramente residuale rispetto alle tradizionali forme di assistenza giudiziaria¹⁰⁶.

Malgrado però il proposito di circoscrivere i casi di rifiuto a poche tassative ipotesi (proposito evidente nella proposta di direttiva del 29 aprile 2010)¹⁰⁷, la direttiva ha finito col riproporre, all'incirca, gli stessi motivi di non riconoscimento e di non esecuzione del MER.

L'art. 11 della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, infatti, elenca, diversi motivi di rifiuto, con formulazioni però generiche, dai contorni ampiamente sfumati, che danno luogo a una serie indeterminata di cause ostative.

Tra i motivi di non riconoscimento figurano, ad esempio, «*le immunità o i privilegi che rendano impossibile l'esecuzione dell'ordine investigativo europeo*», la lesione di «*interessi essenziali di sicurezza nazionale*» o la messa «*in pericolo della fonte di informazione*», senza che però esista un significato univoco e comune in tutta l'Unione europea di ciò che costituisca «*immunità*», «*privilegio*» o, ancora, «*interessi essenziali*»¹⁰⁸.

A complicare il quadro, anche ulteriori motivi di rifiuto oltre a quelli generali; basti, a tal fine, pensare alle clausole inserite nelle disposizioni speciali dedicate a determinati atti d'indagine, tra cui, ad esempio, la possibilità prevista dal secondo paragrafo dell'art. 22 della direttiva di rifiutare la richiesta di «*trasferimento temporaneo nello Stato di emissione, ai fini di un'indagine, di persone detenute*» qualora queste neghino il proprio consenso ovvero il trasferimento prolunghi la loro detenzione. Allo stesso modo dicasi per gli «*atti d'indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato*», potendo la stessa essere rifiutata, ai sensi dell'art. 28, qualora la sua esecuzione non sia ammessa in un analogo nazionale caso.

L'ordine europeo di indagine penale ha un ambito applicativo più ampio rispetto a quello della decisione quadro sul mandato probatorio europeo, perché non è

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 713.

¹⁰⁷ L. Bachmaier, 2014, p. 71 e ss.

¹⁰⁸ G. Fiorelli, 2013, p. 713.

limitato alla sola acquisizione di prove già esistenti, ma esteso al compimento di un ampio ventaglio di atti investigativi nell'ambito di procedimenti penali avviati da un'autorità giudiziaria.

Esulano dal campo applicativo della direttiva solo le prove acquisite dalle squadre investigative comuni.

Nel dar corso a un ordine europeo di indagine penale, la direttiva prevede che l'autorità di esecuzione debba tener conto delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, a meno che, queste, non contrastino con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro di esecuzione.

La previsione risponde all'intento di contemperare tra contrapposte esigenze, ossia tra la necessità di garantire l'utilizzabilità della prova nello Stato di emissione e quella di salvaguardare i diritti fondamentali dello Stato di esecuzione.

Nell'ottica di garantire l'ammissibilità nello Stato di emissione del materiale probatorio raccolto all'estero, la direttiva ammette pure la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo, con la possibilità – per l'autorità di emissione – di suggerire, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova.

L'ordine europeo di indagine penale disciplina – analogamente a quanto già previsto dalla Convenzione di Bruxelles, e sempre nel tentativo di assicurare l'utilizzabilità della prova – la possibilità di acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*: si allude, in particolare, alla videoconferenza transnazionale, all'audizione di testimoni e periti mediante conferenza telefonica e alle intercettazioni delle telecomunicazioni.

Infine, la direttiva riconosce in capo all'autorità di esecuzione – anche se, di regola, spetta all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione individuare l'atto di indagine necessario per l'acquisizione della prova – un discreto margine di manovra nella scelta di un atto d'indagine diverso da quello indicato nell'ordine, e ciò – segnatamente – quando l'atto richiesto non sia previsto dalla legislazione dello Stato di esecuzione ovvero non sia disponibile in un caso nazionale analogo¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Alla regola secondo cui spetta all'autorità di emissione individuare l'atto di indagine necessario per l'acquisizione della prova all'estero, fa poi eccezione la previsione secondo cui l'autorità dello

A tal proposito, è significativo osservare come l'applicazione del diritto dello Stato di esecuzione possa comportare qualche problema in punto di ammissibilità e utilizzabilità delle prove nello Stato di emissione.

Può accadere, infatti, che le regole di raccolta della prova, proprie dello Stato di esecuzione, siano contrastanti con quelle previste dallo Stato di emissione e che tale divergenza si ripercuota proprio sulla spendibilità del risultato probatorio raccolto all'estero.

Un dato che preoccupa è la scarsa attenzione riservata alle garanzie partecipative, alle quali la direttiva dedica solo un breve accenno: il quarto paragrafo dell'art. 1, impone che l'OEI «non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti, in materia, alle autorità giudiziarie».

Sebbene sia prevista la possibilità che l'indagato, l'imputato e il difensore sollecitino l'autorità giudiziaria competente ad emettere un ordine europeo di indagine penale, la direttiva tace su qualsivoglia profilo di intervento o coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale.

Come, infatti, già ricordato, l'OEI ammette la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo – partecipazione che l'autorità di esecuzione può negare solo postulando la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento – ma non anche quella della difesa che, seppur non esclusa, non viene riconosciuta dal nuovo testo normativo¹¹⁰.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore non possa assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero¹¹¹.

A tutela del diritto di difesa è, tuttavia, espressamente consentito che le parti interessate dispongano dei «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli che sarebbero disponibili in un caso nazionale analogo contro l'atto d'indagine in questione».

Stato di esecuzione può ricorrere a un atto d'indagine diverso, meno intrusivo rispetto a quello indicato nell'OEI, purché ugualmente efficace.

¹¹⁰ S. Ruggeri, 2015, p. 153 e ss.

¹¹¹ G. Fiorelli, 2013, p. 714 e ss.

10. L'armonizzazione processuale su alcune garanzie di indagati e imputati nei procedimenti penali

Sebbene abbiano rappresentato un passaggio importante nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova, la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, prima, e la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, poi, hanno evidenziato i limiti del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri.

La decisione quadro 2008/978/GAI, volta all'acquisizione delle sole prove precostituite – ossia del materiale probatorio già in possesso dell'autorità di esecuzione – recava¹¹² con sé il rischio che l'atto, formatosi secondo le regole della *lex loci*, risultasse inutilizzabile nel processo penale di destinazione¹¹³.

Del pari, la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, malgrado gli sforzi profusi¹¹⁴, non risolve del tutto il problema dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La possibilità per l'autorità di esecuzione, di optare per un atto di indagine diverso da quello indicato nell'ordine, quando l'atto richiesto non sia previsto dalla legislazione dello Stato di esecuzione ovvero non sia disponibile in un caso nazionale analogo, determina qualche problema in punto di ammissibilità e utilizzabilità delle prove nello Stato di emissione.

Può accadere, infatti, che le regole di raccolta della prova, proprie dello Stato di esecuzione, siano contrastanti con quelle previste dallo Stato di emissione e che tale divergenza si ripercuota proprio sulla spendibilità del risultato probatorio raccolto all'estero.

Un dato che preoccupa, sempre sul piano dell'utilizzabilità degli atti, è la scarsa

¹¹² La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove è stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

¹¹³ Come già evidenziato, infatti, «l'art. 78, comma 1, disp. att. c.p.p. prevede la possibilità di utilizzare una prova formata all'interno di un procedimento penale estero alle condizioni previste dall'art. 238 c.p.p.: la relativa documentazione può, *cioè*, essere acquisita al fascicolo per il dibattimento solo se la prova sia stata raccolta nel contraddittorio dibattimentale o nell'incidente probatorio, e, con precipuo riferimento alle prove dichiarative, solo se il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione della prova nel procedimento d'origine». V. Campilongo, 2014, p. 707 e ss.

¹¹⁴ Previsione di limitati e circoscritti motivi di rifiuto; partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo, con la possibilità di suggerire, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova; possibilità di acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*.

attenzione riservata alle garanzie partecipative, alle quali la direttiva dedica solo un breve accenno.

Il principio del mutuo riconoscimento avrebbe, allora, a ben vedere, richiesto a monte – per la piena utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero – la previa armonizzazione delle normative nazionali.

Si è però osservato come l'obiettivo sia ambizioso e di difficile realizzazione; malgrado ciò, si auspica l'elaborazione di alcune norme minime volte a stabilire «i presupposti irrinunciabili» della reciproca ammissibilità della prova¹¹⁵.

Per raggiungere l'obiettivo della ammissibilità reciproca probatoria, si è detto che i vari Stati dell'Unione dovrebbero accontentarsi di «codificare una tavola di regole comuni imprescindibili», seguendo la prospettiva dello standard minimo¹¹⁶. Tale standard sarebbe funzionale al solo ingresso delle prove aliene, mentre ciascuno Stato membro potrebbe poi liberamente prevedere ulteriori criteri per l'utilizzazione o per la valutazione di simili prove, pur senza svuotare di significato la regola della reciproca ammissibilità¹¹⁷.

L'art. 82 TFUE¹¹⁸ rappresenta la base legale per un'opera di armonizzazione che, però, si preannuncia lenta e difficile.

Lo stato dell'arte non contempla, infatti, progressi riferiti a norme minime comuni in tema di ammissibilità reciproca delle prove.

Certamente verso l'armonizzazione è orientata la «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», approvata il 30 novembre 2009 e poi implementata dal Programma di Stoccolma.

Le prime direttive sui diritti di indagati e di imputati, rimaste a lungo inattuato nella veste di decisioni quadro nel vecchio contesto della cooperazione giudiziaria intergovernativa, sono state però varate solo di recente, e i contenuti sono ancora piuttosto modesti.

Ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, alla direttiva

¹¹⁵ M. Bargis, 2012, p. 916.

¹¹⁶ *Ibid.*, 2012, p. 916.

¹¹⁷ *Ibid.*, 2012, p. 916.

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 82, paragrafo 2, TFUE, Parlamento e Consiglio stabiliscono, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, «norme minime per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale» in tema di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e alla direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, sul diritto di accesso al difensore nei procedimenti penali e nel mandato d'arresto europeo, e sul diritto a informare i terzi e le autorità consolari sullo stato di privazione della libertà personale.

La direttiva 2010/64/UE¹¹⁹ assicura il diritto a un'«assistenza linguistica adeguata e gratuita», per consentire agli imputati alloggiati di esercitare appieno i loro diritti di difesa (considerando n. 17).

A tutela dell'equità del procedimento, la misura impone agli Stati membri di istituire uno o più registri di traduttori e interpreti indipendenti e qualificati (art. 5, par. 2).

La professionalizzazione dell'interprete – che postula la fissazione di requisiti di iscrizione al registro, nonché la sottoposizione a codici di condotta e *guidelines* – dovrebbe garantire la preparazione dell'operatore e la sua neutralità.

Sul piano processuale e a tutela dell'accusato, la direttiva prescrive di introdurre dei rimedi, attraverso i quali l'imputato potrà contestare la qualità dell'interpretazione o della traduzione (artt. 2, par. 5 e 3, par. 5).

L'art. 4 della direttiva specifica che i costi dell'interpretazione e della traduzione sono a carico degli Stati membri, a prescindere dall'esito del procedimento.

La direttiva accoglie, cioè, l'impostazione della Corte di Strasburgo: fin dalla pronuncia nel caso *Luedicke, Belkacem e Koc*, c. Germania, del 1978¹²⁰, la Corte ha chiarito che la disposizione dell'art. 6, par. 3, lett. e, conv. eur. dir. uomo, contempla una garanzia assoluta, da assicurare a tutti gli imputati indipendentemente dalle loro disponibilità finanziarie e a prescindere dall'esito del processo.

¹¹⁹ Il legislatore italiano dopo due anni dal recepimento della Dir. 2010/64/UE mediante il d.lgs. 2 marzo 2014, n. 32, è intervenuto nuovamente in tema di interpreti e traduttori con il d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129 “Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, recante attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”, in vigore dal 29 luglio 2016. Egli si è così avvalso, per la prima volta, dell'art. 31, comma 5, L. n. 234/2012, che consente al Governo, entro 24 mesi dall'entrata in vigore di un decreto legislativo attuativo di una direttiva europea, di intervenire a parziale riforma della disciplina ivi contenuta. Ne discende, dunque, una serie di modifiche al codice di procedura penale e alle relative disposizioni di attuazione, al fine di perfezionare il diritto all'assistenza linguistica nei procedimenti penali, muovendo da talune difformità esistenti rispetto alla normativa europea, nonché da esigenze e limiti emersi dalla prassi. Il tutto proiettato nella dimensione di uno spazio comune europeo di giustizia, fondato su *minimum standards* relativi ai diritti della persona nella procedura penale che l'Italia, unitamente agli altri Stati membri, è tenuta a garantire ed attuare all'interno dei singoli ordinamenti, innalzando se del caso, il livello di tutela. A. Iermano, 2017, p. 731 e ss.

¹²⁰ M. Gialuz, 2012, p. 1197.

Il diritto all'interpretazione¹²¹ mira a garantire la comprensione dell'accusa da parte dell'imputato all'oggettivo, nonché la sua partecipazione processuale nell'ottica del giusto processo.

Ciò spiega perché l'assistenza linguistica, nella sua versione minima (ossia nella facoltà di interpretazione), sia irrinunciabile: «si può, *invero*, rinunciare coscientemente a tutti i diritti processuali, ma non a quel meta-diritto che garantisce la stessa consapevolezza della rinuncia»¹²².

La direttiva n. 64 del 2010 segna poi un significativo rafforzamento della tutela linguistica anche sul versante applicativo; il diritto all'interpretazione è garantito non solo nel procedimento di cognizione e nella fase delle indagini preliminari, ma anche nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo (art. 1).

Lo strumento assicura, infine, il diritto all'interpretazione anche nelle comunicazioni tra imputati e difensori (art. 2 par. 2), purché si tratti di comunicazioni «direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale», e sempre che l'assistenza risulti necessaria «al fine di tutelare l'equità del procedimento».

La direttiva 2012/13/UE¹²³ reca invece norme minime relative al «diritto all'informazione nei procedimenti penali» e rappresenta la seconda tappa nel percorso volto ad attuare l'obiettivo di armonizzazione processuale su alcune garanzie di indagati e imputati nei procedimenti penali¹²⁴.

La direttiva declina il diritto all'informazione secondo tre diverse accezioni ed è da intendersi come: diritto all'informazione su prerogative processuali, diritto a conoscere gli estremi dell'addebito e diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti.

Se il diritto relativo all'informazione circa l'addebito è un tema classico del diritto penale¹²⁵, gli altri due rivelano significativi elementi di originalità e meritano, quindi, particolare attenzione.

¹²¹ Il diritto all'interpretazione ha carattere bidirezionale, ossia si configura come diritto dell'imputato a comprendere il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale e a farsi comprendere (art. 2).

¹²² M. Gialuz, 2012, p. 1199. Mentre il diritto all'interpretazione è irrinunciabile e infungibile, il diritto alla traduzione risulta invece rinunciabile (art. 3, par. 8), e surrogabile da una traduzione orale o da un riassunto orale (art. 3, par. 7).

¹²³ Il d.lgs. n. 101 del 2014 attua a livello nazionale la Direttiva n. 13 del 2012.

¹²⁴ S. Ciampi, 2013, p. 21.

¹²⁵ Agli indagati o imputati è assicurata ogni informazione sul reato di cui sono sospettati o accusati di aver commesso.

Quanto all'informazione sui diritti processuali, la direttiva 2012/13/UE impone agli Stati membri di assicurare, alle persone accusate, un'informazione almeno su alcuni aspetti essenziali, quali le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio, il diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica di un difensore, il diritto di essere informato dell'accusa, il diritto al silenzio e, per l'alloglotto, il diritto all'interpretazione e alla traduzione¹²⁶.

Le garanzie informative in esame si irrobustiscono qualora le persone indagate o imputate si trovino in stato di arresto o di detenzione.

In questi casi, la direttiva prevede una "Comunicazione dei diritti" (*Letter of Rights*) da consegnarsi, in forma scritta, alla persona arrestata o detenuta.

La "Comunicazione dei diritti" dovrà comporsi sia del corredo informativo di base, menzionato sopra, sia di un'ulteriore serie di prerogative, quali: il diritto di accedere alla documentazione relativa all'indagine (*«right of access to the materials of the case»*); il diritto, riconosciuto al ristretto, d'informare le autorità consolari e un'altra persona; il diritto di beneficiare, in caso di necessità, di assistenza medica urgente; il diritto di essere informato del numero di ore o di giorni in cui l'indagato o l'imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi all'autorità giudiziaria; le possibilità di contestare la legittimità dell'arresto, di ottenere un riesame del provvedimento restrittivo o di presentare domanda di libertà provvisoria¹²⁷.

La direttiva assicura apposita comunicazione dei diritti anche a chiunque sia arrestato ai fini dell'esecuzione del mandato di arresto europeo e si correda, pure in tal caso, di un "modello tipo" di *Letter of Rights*.

Lo strumento stabilisce, infine, che, per garantire l'equità del procedimento e consentire la preparazione della difesa, gli Stati membri provvedono ad assicurare che all'imputato, all'indagato o ai loro difensori, venga garantito l'accesso a titolo gratuito a tutto il materiale probatorio in possesso delle autorità competenti, sia esso a favore o contro l'indagato o l'imputato (art. 7, par. 2).

È previsto, inoltre, che gli Stati membri provvedano a mettere a disposizione delle persone arrestate, detenute o dei loro avvocati, i documenti, relativi al caso specifico, in possesso delle autorità competenti, che sono essenziali per impugnare la legittimità dell'arresto o della detenzione (art. 7, par. 1)¹²⁸.

¹²⁶ M. D. Laricchia, 2014, p. 1396.

¹²⁷ S. Ciampi, 2013, p. 23.

¹²⁸ M. D. Laricchia, 2014, p. 1396 e ss.

In deroga a quanto sancito finora, e purché non pregiudichi l'equità del procedimento, l'accesso a parte della documentazione relativa all'indagine potrà essere rifiutato, con decisione adottata dall'autorità giudiziaria o comunque soggetta a controllo giurisdizionale, ogniqualvolta l'accesso possa comportare una grave minaccia per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona, o se tale rifiuto sia strettamente necessario per la salvaguardia di interessi pubblici importanti, come nei casi in cui l'accesso possa mettere a repentaglio le indagini in corso, o possa minacciare gravemente la sicurezza interna dello Stato membro in cui si svolge il procedimento penale (art. 7, par. 4)¹²⁹.

Infine, a completamento dell'obiettivo del rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali, è stata adottata da ultimo la direttiva 2013/48/UE¹³⁰, sul diritto di accesso al difensore nei procedimenti penali e nel mandato d'arresto europeo, e sul diritto a informare i terzi e le autorità consolari sullo stato di privazione della libertà personale¹³¹.

Più precisamente, la direttiva garantisce l'assistenza del difensore nel procedimento penale almeno in occasione di alcuni rilevanti "snodi" del procedimento¹³², e prevede, nella fase di esecuzione del mandato di arresto europeo, l'assistenza – in favore del ricercato – sia di un difensore nello Stato membro di esecuzione sia di un legale nello Stato membro di emissione del mandato.

La direttiva garantisce anche il "diritto di informare un terzo della privazione della libertà personale", il "diritto di comunicare con terzi durante lo stato di privazione della libertà personale" e il "diritto di comunicare con le autorità consolari"¹³³.

Il quadro complessivo di queste prime iniziative adottate al fine di attuare un'opera di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri, sembra, però, caratterizzato da qualche ombra.

Di certo, il dato che lascia più delusi è l'idea che alcuni istituti chiave della procedura penale siano considerati ancora troppo sensibili per essere armonizzati. Si pensi solo alla ritrosia dimostrata fino a ora dal legislatore dell'Unione europea,

¹²⁹ M. D. Laricchia, 2014, p. 1397.

¹³⁰ La direttiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 22 ottobre 2013, è stata recepita dall'Italia con il d. lgs. 15 settembre 2016, n. 184.

¹³¹ S. Cavini, 2017, p. 169; O. Murro, 2017, p. 541 e ss.

¹³² Prima dell'interrogatorio; in occasione di ricognizioni di persone, confronti e ricostruzioni della scena del crimine; dopo l'avvenuta privazione della libertà personale; una volta avvenuta la citazione a comparire dinanzi ad un giudice.

¹³³ S. Cavini, 2017, p. 169.

che è intervenuto per l'armonizzazione processuale delle normative nazionali solo su alcune garanzie di indagati e imputati¹³⁴.

Alla luce di ciò, «sembrano davvero molto difficili da realizzare alcune pionieristiche proposte provenienti da *stakeholders* come l'*ECBA*, che ha suggerito di creare una nuova *Roadmap* sui diritti degli accusati, inserendovi all'interno sia la tematica dell'esclusione delle prove che quella dei *Remedies and Appeal*»¹³⁵.

Malgrado i contenuti ancora troppo modesti, le direttive in esame si segnalano comunque per essere, oggi, il primo vero e proprio embrione di un sistema europeo di garanzie difensive.

11. La Procura europea

Con il Regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017 è stata istituita la Procura europea¹³⁶ (*European Public Prosecutor's Office* – da cui l'acronimo EPPO), a conclusione di un lungo e travagliato percorso di gestazione normativa, che ha richiesto un intenso lavoro da parte delle istituzioni europee.

Il progetto originario, volto alla creazione di un organismo inquirente europeo, va rinvenuto nel *Corpus juris* elaborato nel 1997, che costituisce la pietra miliare e il costante punto di riferimento per le elaborazioni successive.

A tale studio, fa seguito il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea*, predisposto dalla Commissione nel dicembre 2001, al fine di sollecitare una riflessione in tutta l'Unione europea sull'opportunità di armonizzare la normativa penale in materia di tutela degli interessi finanziari “comunitari” e di creare un organo sovranazionale capace di svolgere indagini nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

Il tentativo di istituire una Procura “centralizzata” subisce, però, negli anni

¹³⁴ Più recentemente, si è manifestata l'esigenza di elaborare norme minime anche a tutela delle vittime di reato. Il Consiglio europeo di Stoccolma del 10-11 dicembre 2009 ha invitato la Commissione e gli Stati membri ad esaminare come migliorare la legislazione e le misure di protezione e sostegno delle vittime. L'Unione Europea ha colto le sollecitazioni del Consiglio europeo adottando, dopo una serie di atti di soft law prodotti dalle diverse istituzioni, la decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, sostituita – da ultimo – dalla direttiva 2012/29/UE. E. Mazzilli, 2015, p. 724.

L'Italia ha dato attuazione alla previgente decisione quadro, con il d.lgs. del 15 dicembre 2015, n. 212.

¹³⁵ J. Della Torre, 2018, p. 1396 e ss.

¹³⁶ L. Camaldo, 2018, p. 958 e ss; M. Bargis, 2004, p. 745 e ss.

seguenti, una battuta d'arresto, anche a causa del “fallimento” di quella che avrebbe dovuto essere una Costituzione per l'Europa, nella quale era contenuta una specifica disposizione sull'istituzione del Procuratore europeo (art. III- 274).

Solo con il Trattato di Lisbona, che fornisce la necessaria base giuridica per l'istituzione della Procura europea (art. 86 TFUE), riprende il percorso che porterà all'istituzione di un organo sovranazionale deputato all'accertamento investigativo dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea e all'esercizio dell'azione penale.

È, infatti, del luglio 2013 la *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, finalizzata, anzitutto, alla repressione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ma con la possibilità di una estensione della sua competenza «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale».

Malgrado, però, gli sforzi profusi – anche durante il semestre di presidenza italiana – allo scopo di ottenere il consenso degli Stati membri sul regolamento istitutivo della Procura europea, non è stata mai raggiunta, in seno al Consiglio, l'unanimità, come previsto dall'art. 86, par. 1, TFUE.

Così, nella riunione del 7 febbraio 2017, si è dato formalmente atto di tale mancanza di unanimità nell'approvazione del progetto di regolamento e ciò ha consentito di procedere tramite la procedura “alternativa” prevista dallo stesso art. 86, par. 1, TFUE.

Il 3 aprile 2017, un considerevole gruppo di Stati membri – cui, in seguito, se ne sono aggiunti altri – ha notificato al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione il desiderio di instaurare una cooperazione rafforzata.

Si è giunti, in questo modo, all'approvazione da parte di venti Stati membri dell'Unione, del regolamento del 12 ottobre 2017, istitutivo della Procura europea (EPPO).

Il regolamento, però, non sembra risolvere del tutto il problema dell'utilizzabilità degli atti, né pare garantire sempre, al momento del compimento dell'atto d'indagine, l'osservanza delle garanzie difensive di indagati e imputati.

Ad es., è stato osservato¹³⁷ che il regolamento non indica i termini entro cui

¹³⁷ S. Ruggeri, 2018, p. 602 e ss.

annotare la *notitia criminis* nel sistema automatico di gestione dei fascicoli¹³⁸, con la conseguenza che, ove nulla al riguardo sia previsto dal diritto processuale nazionale dello Stato in cui le indagini saranno avviate¹³⁹, il Procuratore europeo delegato avrà ampio margine di discrezionalità quanto all'attivazione delle garanzie informative e difensive¹⁴⁰, valendo queste esclusivamente nei confronti di chi abbia appunto già acquisito lo *status* di indagato.

Solo a partire dal momento dell'annotazione, infatti, l'indagato ha diritto a un'adeguata informazione sull'addebito preliminare, dotata di quel livello di dettaglio compatibile con lo stato del procedimento, e gode inoltre del diritto all'assistenza di un difensore e del *privilege against self-incrimination*, quale ampiamente riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Non è allora tollerabile che l'operatività di queste fondamentali garanzie sia rimessa, laddove nulla sia previsto dal diritto processuale nazionale dello Stato in cui le indagini saranno avviate, alla discrezionalità del Procuratore europeo delegato, che potrebbe, in ipotesi, in assenza della previsione dei termini di annotazione della *notitia criminis*, procrastinare l'annotazione della stessa nel *case management system*, e impedire così l'attivazione delle garanzie previste in favore della persona indagata, con esiti inaccettabili sul piano dei diritti fondamentali dell'accusato.

Anche altre disposizioni del regolamento destano poi qualche perplessità rispetto alle ripercussioni che le stesse possono avere sulla sfera dei diritti fondamentali dell'indagato e dell'imputato.

Ad es., si prevede che la Camera permanente, fino a che non sia stata esercitata l'azione penale e previa consultazione dei Procuratori europei e/o dei PED interessati, possa riassegnare il procedimento ad un altro PED, sempre che tale decisione risponda a un «interesse generale della giustizia».

La riassegnazione del caso al Procuratore europeo delegato di un altro Stato membro, agganciata peraltro a un parametro estremamente vago qual è «l'interesse generale della giustizia»¹⁴¹, dà luogo a un procedimento investigativo

¹³⁸ L'annotazione della *notitia criminis* nel sistema automatico di gestione dei fascicoli deve considerarsi alla stregua della formalizzazione dell'addebito. Solo con l'annotazione si acquista, dunque, lo *status* di persona indagata.

¹³⁹ Il problema è evidente in considerazione del fatto che non tutte le legislazioni nazionali degli Stati dell'Unione prevedono il termine entro cui l'annotazione della *notitia criminis* debba avvenire.

¹⁴⁰ S. Ruggeri, 2018, p. 605.

¹⁴¹ S. Ruggeri, 2018, p. 608.

“itinerante”¹⁴², che rischia di pregiudicare la possibilità, per indagato e difensore, di apprestare un’effettiva strategia difensiva¹⁴³.

«Si aggiunga infine che la Camera Permanente, come si è notato, è tenuta, per l’eventuale riassegnazione della competenza investigativa ad altro Procuratore europeo delegato, a promuovere un contraddittorio previo solo con i Procuratori europei e/o i Procuratori europei delegati interessati, mentre nessun diritto d’ascolto hanno i difensori e gli stessi indagati, pur destinatari primi degli effetti della decisione»¹⁴⁴.

Quanto al problema dell’utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all’estero, l’art. 37 del regolamento si limita a stabilire che non possono essere escluse prove solo a motivo del fatto che siano state raccolte in un altro Stato membro secondo il criterio della *lex loci* (par. 1), ferma restando la facoltà del giudice di merito di valutarle liberamente (par. 2).

La previsione, a ben vedere, non risolve del tutto il problema dell’utilizzabilità, essendo possibile una “reazione di rigetto”, conseguente al “trapianto” di prove “allogene” nel giudizio penale instaurato in un Paese dove vigono regole differenti di ammissibilità della prova¹⁴⁵.

Dal regolamento istitutivo della Procura europea ci si sarebbe aspettati una disciplina dei diritti difensivi dettagliata e comune a tutto il territorio di competenza della PE, almeno per la fase preliminare al giudizio¹⁴⁶.

Queste aspettative sono state invece disattese dal regolamento in esame che, per un verso, si limita a ribadire il doveroso rispetto delle Carte dei diritti e delle direttive sulla tutela dell’imputato previste dalla *Roadmap* di Stoccolma, e per l’altro, annovera previsioni come quelle sopra menzionate che non paiono del tutto in linea con i diritti di difesa dell’indagato.

Il giudice nazionale potrà allora dichiarare l’inutilizzabilità di una prova se raccolta dal rappresentante della Procura europea con modalità non in linea con le istanze di difesa e di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

¹⁴² S. Ruggeri, 2018, p. 606.

¹⁴³ S. Ruggeri, 2018, p. 606.

¹⁴⁴ S. Ruggeri, 2018, p. 608.

¹⁴⁵ L. Camaldo, 2018, p. 958 e ss.

¹⁴⁶ S. Allegrezza, 2013, p. 8.

12. La c.d. proposta di Regolamento e-Evidence

Il 17 aprile 2018 la Commissione europea ha presentato un importante pacchetto di interventi – che include una proposta di Regolamento¹⁴⁷ e una di Direttiva¹⁴⁸ – volto a semplificare la circolazione transfrontaliera delle prove digitali nei procedimenti penali.

L'importanza di predisporre validi strumenti di acquisizione delle prove digitali emerge già da alcuni dati raccolti dalla Commissione, secondo cui più della metà delle investigazioni penali svolte nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia necessiterebbero oggi di una richiesta transnazionale di accesso a materiale probatorio elettronico.

L'iniziativa nasce poi dalla presa d'atto dell'inadeguatezza dei meccanismi giudiziari esistenti di raccolta delle prove digitali all'estero, che richiedono – il più delle volte – tempi eccessivamente lunghi in grado di pregiudicare l'efficienza della cooperazione transnazionale in materia penale, considerata la grande rapidità con cui i dati digitali possono essere occultati o comunque trasferiti altrove¹⁴⁹.

La novità più significativa introdotta dalla proposta di Regolamento UE sull'ordine di produzione e di conservazione europeo delle prove elettroniche, è la previsione dei casi in cui le autorità nazionali possono rivolgersi direttamente ai service provider¹⁵⁰ per ottenere o far conservare il materiale probatorio digitale di cui necessitano.

L'idea è cioè quella di fare in modo che i prestatori di servizi rispondano direttamente alle autorità di emissione, senza che sia necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione.

In tal senso la proposta individua due strumenti, l'ordine europeo di produzione (OPE) e l'ordine europeo di conservazione (OCE) delle prove elettroniche nei procedimenti penali, volti rispettivamente all'acquisizione e alla conservazione di dati in previsione della relativa produzione come prove nell'ambito di un'indagine

¹⁴⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, COM (2018) 225 final.

¹⁴⁸ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali, COM (2018) 226 final.

¹⁴⁹ M. Gialuz e J. Della Torre, 2018, p. 280.

¹⁵⁰ Intendendo per “service provider” le persone fisiche o giuridiche che offrano nel territorio dell'Unione i servizi stabiliti all'art. 2, par. 3, della proposta, indipendentemente dal fatto che gli stessi abbiano la loro sede centrale in un Paese terzo e da dove siano ubicati i dati.

o di un processo penale in corso nel paese di emissione.

Si tratta di una prima ipotesi di cooperazione senza il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione: la collaborazione tra autorità giudiziaria del Paese di emissione e fornitori di servizi internet avviene comunque nel rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella procedura.

Gli ordini europei in esame possono essere adottati unicamente da giudici, pubblici ministeri e, a determinate condizioni, anche da «qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale¹⁵¹».

In particolare, se gli OCE aventi ad oggetto “dati relativi alle operazioni o al contenuto¹⁵²” possono essere emessi da un organo giurisdizionale o da un pubblico ministero, gli OPE riguardanti “*transactional*” e “*content data*” devono essere resi da un organo giurisdizionale¹⁵³.

Gli ordini europei di produzione e di conservazione emessi dalle “altre autorità competenti”, invece, necessitano sempre della convalida del giudice¹⁵⁴.

I destinatari delle richieste sono, infine, i rappresentanti legali specificamente designati dai service provider.

Gli ordini europei di produzione e di conservazione possono essere disposti soltanto nell'ambito di un procedimento penale.

La proposta di Regolamento, in considerazione della loro maggiore afflittività, stabilisce condizioni di emissione più stringenti per gli OPE rispetto a quelle previste per gli OCE.

In particolare, se gli OPE concernenti dati relativi agli accessi o agli abbonati possono essere emessi per qualsiasi illecito penale, gli OPE aventi a oggetto “dati relativi alle operazioni o al contenuto” possono essere disposti soltanto nei procedimenti penali per alcune fattispecie di reato armonizzate dal legislatore europeo espressamente individuate oppure per i reati puniti nel massimo con

¹⁵¹ Art. 4 della proposta di Regolamento.

¹⁵² La proposta di Regolamento dà le definizioni delle singole tipologie di informazioni digitali che possono essere domandate tramite un OPE o un OCE, distinguendo tra “*subscriber data*” (dati relativi agli abbonati), “*access data*” (dati relativi agli accessi), “*transactional data*” (dati relativi alle operazioni) e “*content data*” (dati relativi al contenuto).

¹⁵³ V. art. 4 della proposta di Regolamento.

¹⁵⁴ Nel caso di OPE disposto per ottenere “*transactional e content data*” competente a convalidare l'atto è il solo organo giurisdizionale.

almeno tre anni di pena detentiva¹⁵⁵.

La scelta di ancorare la possibilità di emettere ordini di produzione a una soglia minima di gravità dei reati perseguiti merita senz'altro approvazione perché limita i rischi legati a un uso eccessivo dello strumento in esame, potenzialmente in grado di incidere sui diritti fondamentali dell'ampia gamma dei soggetti coinvolti. Gli ordini europei di conservazione, invece, possono essere adottati, indipendentemente dalla tipologia di dati in gioco, per ogni reato.

Esiste però una fondamentale condizione di applicabilità comune a entrambe le misure: per essere emanati, gli OPE e gli OCE devono superare un test concreto di "proporzionalità" e "necessità" dell'atto.

La proposta di Regolamento rimette – dette valutazioni – all'autorità di emissione, senza prevedere, però, criteri precisi di decisione, con tutti i rischi che la mancata predeterminazione legislativa di uno *standard* probatorio da rispettare per l'adozione di un OPE o di un OCE determina sul piano pratico.

Una volta trasmesso l'OPE o l'OCE al fornitore di servizi¹⁵⁶, questi è tenuto – a seconda dei casi – a spedire la prova informatica secondo le rigide scansioni temporali stabilite dall'art. 9 o a, senza indebito ritardo, preservare i dati richiesti. La conservazione dei dati cessa dopo 60 giorni, a meno che l'autorità richiedente confermi che è stata avviata una successiva richiesta di produzione.

La proposta mira dunque a garantire l'efficienza della cooperazione, prevedendo tempi certi (e brevi) di consegna del materiale probatorio elettronico (pochi giorni contro i "120" giorni stimati ove si utilizzassero gli strumenti previsti dalla direttiva sull'OEI)¹⁵⁷.

Varie disposizioni, poi, sottolineano l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali¹⁵⁸ di quanti coinvolti a vario titolo nella procedura, ma a parte qualche generico riferimento ai «diritti fondamentali e ai principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE¹⁵⁹» o «dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁶⁰», e l'unico esempio di «ordine manifestamente arbitrario» che l'atto

¹⁵⁵ Art. 5 della proposta di Regolamento.

¹⁵⁶ *Rectius* al suo legale rappresentante.

¹⁵⁷ M. Gialuz e J. Della Torre, 2018, p. 286.

¹⁵⁸ Gli artt. 9, par. 5 e 14, par. 4 (f) consentono ai service provider di opporsi alla consegna dei dati, quando appaia che un OPE violi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o risulti manifestamente abusivo.

¹⁵⁹ Art. 1, par. 2, della proposta di Regolamento.

¹⁶⁰ Considerando 55 della proposta di Regolamento.

menziona¹⁶¹, la proposta di Regolamento non enumera puntualmente le garanzie difensive da osservare.

Sarebbe stato auspicabile, invece, una disciplina maggiormente attenta dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, specialmente di quelli di indagato e imputato.

La proposta di Regolamento tenta poi di assicurare l'effettività del sistema di circolazione probatoria con tutta una serie di previsioni finali atte a scongiurare il rischio di inadempimento da parte del provider.

In quest'ultimo caso, infatti, spetta all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione il compito di riconoscere l'OPE o l'OCE e di obbligare il detentore del dato a produrlo all'autorità richiedente o a conservarlo, salvo peculiari ipotesi tassativamente previste nella proposta¹⁶².

Il Capo IV detta un'eterogenea disciplina in materia di rimedi; particolarmente rilevante è l'art. 17 che assicura ai soli individui destinatari di un ordine di produzione europeo (e non di un OCE) un «*effective remedy*», esperibile dinnanzi a un giudice nazionale dello Stato di emissione della misura.

Questa previsione conferma la recente prassi dell'Unione di inserire nei suoi atti di diritto derivato norme riprodotte dell'art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Il rimedio di cui all'art. 17 della proposta consente di contestare la legittimità dell'OPE, nonché la necessità e proporzionalità della misura (art. 17, par. 3).

In ogni caso, per espressa previsione¹⁶³, la proposta di regolamento non limita i motivi per contestare la legalità dell'ordine, a garanzia dei diritti di difesa di indagati e imputati destinatari di un ordine di produzione europeo.

Resta ferma la necessità di assicurare, nei procedimenti penali nello Stato di emissione, «un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'ordine europeo di produzione»¹⁶⁴.

¹⁶¹ Il considerando 55 della proposta di Regolamento precisa che «un ordine che chieda la produzione di dati relativi al contenuto riguardanti una categoria indeterminata di persone in un'area geografica, o che non ha alcun collegamento concreto con un procedimento penale, ignorerebbe in modo manifesto le condizioni per l'emissione dell'ordine europeo di produzione».

¹⁶² Art. 14 della proposta di Regolamento.

¹⁶³ Considerando 54 della proposta di Regolamento.

¹⁶⁴ Art. 17, par. 6, della proposta di Regolamento.

Capitolo 3

L'assunzione della prova all'estero nel diritto nazionale. Un approccio di diritto comparato

Sez. I

L'assistenza probatoria internazionale. L'evoluzione del diritto italiano

Sommario

1. Il sistema delle rogatorie internazionali. La disciplina dell'assistenza giudiziaria all'interno della sistematica dei codici di procedura penale del 1865, del 1913, del 1930 e del 1988
2. Pluralità e gerarchia delle fonti normative
3. L'evoluzione del principio del *locus regit actum*. Il problema della normativa applicabile
4. Gli atti rogabili
5. Il procedimento di assistenza giudiziaria rogatoriale
 - 5.1. Premessa
 - 5.2. Il controllo giurisdizionale nel previgente assetto normativo
 - 5.3. Le rogatorie dall'estero nella disciplina vigente
 - 5.4. Le nuove modalità di cooperazione probatoria: l'audizione mediante videoconferenza o teleconferenza

6. Le rogatorie attive
 - 6.1. Le modalità di trasmissione della rogatoria all'estero
 - 6.2. I soggetti legittimati alla richiesta
 - 6.3. I soggetti esclusi. L'attuazione del diritto di difesa e le indagini difensive all'estero
 - 6.4. L'utilizzabilità degli atti rogati
7. Il principio del mutuo riconoscimento
8. L'attuazione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale
 - 8.1. La competenza del procuratore della Repubblica
 - 8.2. I termini per il riconoscimento e l'esecuzione
 - 8.3. Le modalità di esecuzione
 - 8.4. Il principio di proporzionalità
 - 8.5. I motivi di rifiuto
 - 8.6. Il diritto all'informazione e i mezzi di impugnazione
 - 8.7. L'emissione dell'ordine europeo di indagine penale
 - 8.8. Il ruolo della difesa
 - 8.9. Sguardo su singoli atti d'indagine: l'audizione mediante video o teleconferenza
 - 8.10. L'intercettazione delle telecomunicazioni
9. Le squadre investigative comuni

1. Il sistema delle rogatorie internazionali. La disciplina dell'assistenza giudiziaria all'interno della sistematica dei codici di procedura penale del 1865, del 1913, del 1930 e del 1988

La disciplina codicistica concernente i rapporti giurisdizionali con autorità straniera «ha faticato, non poco, nel nostro Paese, ad affermarsi in termini di specificità normativa»¹⁶⁵.

Il codice penale di rito del 1865 detta nell'ambito del libro III, recante ancora l'indifferenziata intitolazione «Di alcune procedure particolari e di alcune disposizioni regolamentari», poche norme al tema dell'assistenza giudiziaria. Gli artt. 853-855¹⁶⁶ delineano, sia pur in maniera sintetica e unitamente all'estradizione¹⁶⁷, i tratti dell'istituto.

L'impostazione codicistica riflette il modo con cui, per molto tempo, nella prospettiva dei rapporti internazionali, è stata intesa l'assistenza giudiziaria: «una forma di cooperazione di tono minore»¹⁶⁸, per certi versi secondaria «rispetto alle intese in tema di estradizione»¹⁶⁹.

La materia trova un più organico assestamento nel codice di procedura penale del 1913¹⁷⁰.

Ai rapporti giurisdizionali tra le autorità italiane e le straniere è dedicato il titolo V del libro IV, quest'ultimo rubricato «Dell'esecuzione e di alcuni procedimenti speciali».

Gli artt. 636-639¹⁷¹ disciplinano, in maniera più dettagliata rispetto al codice previgente, l'assistenza giudiziaria internazionale.

Solo con il codice del 1930, però, «la materia (...) trova autonomo spazio in un libro apposito – il V –, tutto quanto dedicato, a cominciare dalla rubrica, al tema dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera»¹⁷².

¹⁶⁵ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Codice di procedura penale. Commentario*, coordinato da A. Giarda, IV, Milano, 1990.

¹⁶⁶ Più precisamente, la tematica dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera è contenuta negli artt. 853-855, nell'ambito delle «Disposizioni generali», che rappresentano la parte finale del codice. *Il codice di procedura penale del Regno d'Italia*, annotato dagli avvocati A. Capocelli ed E. Testa de Nunzio, Napoli, 1882, pp. 415-416; F. Saluto, 1879, p. 155 e ss.

¹⁶⁷ M. R. Marchetti, 2005, p. 3.

¹⁶⁸ «Kleine Rechtshilfe». F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 129; G. La Greca, 2003, p. 6 e ss.

¹⁶⁹ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 129.

¹⁷⁰ L. Mortara, U. Aloisi e R. Mangini, 1926, p. 349 e ss.; L. Mortara e U. Aloisi, 1922, p. 737 e ss.

¹⁷¹ Il codice di procedura penale del 1913 dedica il capo II (artt. da 636 a 639) alle rogatorie; il capo III reca, invece, la disciplina della estradizione.

¹⁷² F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 4.

Il libro V consta di venti articoli (656-675) ed è diviso in quattro titoli¹⁷³; il titolo secondo reca la disciplina delle rogatorie.

Ai rapporti giurisdizionali con autorità straniera, è, nell'attuale assetto codicistico, riservato il libro XI, il quale, almeno prima delle modifiche introdotte dalla legge delega n. 149/2016 e del relativo decreto attuativo, si articolava in quattro titoli; il terzo era dedicato alle rogatorie internazionali.

Al di là dell'inversione, nell'ordine di trattazione, tra la disciplina delle rogatorie e quella dell'extradizione, il nuovo codice mostra maggiore attenzione «per profili in precedenza appena sfiorati, quando non lasciati completamente in ombra»¹⁷⁴; ad es., il legislatore dedica all'extradizione “dall'estero” e alle rogatorie attive, la cui trattazione – nel previgente codice – era marginale (un solo articolo), un capo autonomo.

La maggiore chiarezza sistematica nella suddivisione della materia e il consistente aumento delle norme che la disciplinano, che sottende una più puntuale regolamentazione dei singoli istituti, denotano una più accentuata sensibilità del legislatore per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale, che ha assunto – nel corso degli anni – importanza sempre crescente.

La disciplina contenuta nel codice di procedura penale del 1988 non sembra, però, risolvere i problemi che da sempre ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

Così, nell'unanime riconoscimento dell'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo di assistenza giudiziaria, a fronte di una criminalità (in particolare, quella organizzata) che ha ormai esteso il suo raggio d'azione ben oltre i confini territoriali dei singoli Stati, la legge n. 149/2016, oltre ad autorizzare il Presidente della Repubblica a ratificare e a provvedere per l'esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (artt. 1-3 l. n. 149/2016), ha delegato il Governo a riformare il libro XI del codice di rito (art. 4), secondo precisi principi e criteri direttivi.

In attuazione della legge delega, il d.lgs. n. 149/2017 ha modificato quasi tutte le

¹⁷³ Il primo titolo, di un solo articolo, stabilisce il principio della prevalenza, nei rapporti giurisdizionali con autorità straniera, delle convenzioni e degli usi internazionali, e il carattere sussidiario delle disposizioni codicistiche; il terzo reca la disciplina dell'extradizione e il quarto contiene le norme relative al riconoscimento nello Stato delle sentenze penali straniere, per determinati effetti penali e civili. U. Conti, 1937, p. 970 e ss.

¹⁷⁴ M. Chiavario, 1991, p. 663.

disposizioni del Libro XI, ridefinendo gran parte della materia e abbandonando anche lessicalmente molte tradizioni consolidate (non compare più, ad esempio, l'espressione "rogatoria").

È in questo scenario che deve, dunque, essere approfondita l'analisi della "nuova" disciplina codicistica in tema di assistenza giudiziaria, frutto della recente sensibilità mostrata verso modalità più incisive e più rapide di cooperazione nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

2. Pluralità e gerarchia delle fonti normative

Il codice di procedura penale del 1865 regolava in maniera piuttosto approssimativa i rapporti tra le fonti – interne e di diritto internazionale – che disciplinavano la materia dell'assistenza giudiziaria.

L'art. 855 prevedeva che «nulla è innovato agli usi vigenti tra le autorità del Regno e quelle dei governi esteri» e che, nei rapporti di cooperazione interstatale, «si osserveranno le speciali convenzioni esistenti»¹⁷⁵.

Il codice di rito del 1913 delineava, con maggiore rigore scientifico¹⁷⁶, i rapporti tra fonti interne e internazionali in tema di cooperazione giudiziaria penale. Così l'art. 635 disponeva che «per quanto concerne le rogatorie, la estradizione, gli effetti di condanne pronunciate all'estero, e altri rapporti relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, con le autorità di altri Stati, si osservano le convenzioni e gli usi internazionali»¹⁷⁷. E aggiungeva: «a quanto non sia per tal modo provveduto, si applicano le seguenti disposizioni»¹⁷⁸.

Emergevano, pertanto, con più chiarezza, il principio della prevalenza delle convenzioni e degli usi internazionali in materia e la funzione suppletiva – per gli aspetti non disciplinati dal diritto internazionale – della normativa codicistica¹⁷⁹.

L'art. 656 del codice di rito del 1930 ripropose in sostanza, con qualche variante lessicale, il previgente art. 635¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Nel caso di antinomia tra «usi» e convenzioni internazionali, prevalgono queste ultime, in ragione «del loro specifico carattere pattizio». Sul punto, F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 5; L. Mortara, U. Aloisi e R. Mangini, 1926, p. 341.

¹⁷⁶ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 5.

¹⁷⁷ L. Mortara, U. Aloisi e R. Mangini, 1926, p. 341.

¹⁷⁸ L. Mortara, U. Aloisi e R. Mangini, 1926, p. 341.

¹⁷⁹ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 5.

¹⁸⁰ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 6.

L'art. 696 dell'attuale codice di procedura penale, modificato da ultimo dal d.lgs. n. 149/2017, rende esplicita la gerarchia delle fonti che disciplinano la materia, prevedendo – nei rapporti giurisdizionali con autorità straniere – la prevalenza del diritto dell'Unione europea¹⁸¹, delle convenzioni e del diritto internazionale generale, e il valore meramente residuale delle norme codicistiche.

La disposizione in esame – com'è stato giustamente osservato – ha «carattere ricognitivo ed eminentemente pedagogico»¹⁸², non potendosi «per legge regolare il valore delle norme di origine convenzionale»¹⁸³.

Nel ridefinire il sistema delle fonti, il legislatore del 2017 distingue tra cooperazione in materia penale con le autorità degli Stati che non fanno parte dell'Unione Europea e cooperazione con i Paesi che sono invece membri dell'Unione. Ai sensi del nuovo art. 696 c.p.p., per individuare la normativa rilevante, occorre in primo luogo chiedersi se la domanda di assistenza giudiziaria promana da un'autorità di uno Stato membro UE o da un'autorità straniera.

Nel primo caso, si applicano le norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione, nonché gli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi.

Ove questi manchino, trovano applicazione le convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale.

I rapporti con Stati diversi da quelli membri sono invece disciplinati dalle norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale.

L'assenza in materia di un principio internazionale generale che imponga agli Stati di prestarsi reciprocamente assistenza giudiziaria non ha impedito agli stessi di ricorrere alla prassi della c.d. «cortesia internazionale» per avanzare richieste di collaborazione verso quegli Stati con i quali non sussistono impegni

¹⁸¹ Il d.lgs. n. 149/2017 ha inciso in modo radicale sull'art. 696 c.p.p. già dalla rubrica. L'attuale art. 696 c.p.p. è infatti ora rubricato «prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale» e non più «prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale».

¹⁸² F. Mosconi, 1991, p. 681.

Carattere, del pari, pedagogico aveva il rinvio (introdotto con legge 5 ottobre 2001, n. 367) che l'art. 696 co. 1 c.p.p. operava alla norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, ed espunto ad opera del d.lgs. n. 149/2017. «Alla luce del dibattito parlamentare relativo alla legge n. 367 del 2001, appare invece verosimile che con quell'espresso richiamo il legislatore abbia voluto piuttosto sottolineare quella finalità «pedagogica» originariamente assegnata alla disposizione codicistica, guidando l'interprete verso la corretta individuazione della norma convenzionale (...)». Sul punto, E. Calvanese, 2003, p. 42.

¹⁸³ R. Quadri, 1967, p.16.

convenzionali¹⁸⁴.

In mancanza però di obblighi di ottemperanza, la prassi non ha sortito esiti soddisfacenti¹⁸⁵.

La stipula di appositi accordi internazionali risponde, pertanto, al precipuo intento di prevedere – nei rapporti tra autorità giudiziarie – obblighi di mutua assistenza, al fine di garantire l'efficienza della cooperazione in ambito penale.

L'espressione «convenzione internazionale» equivale a «trattato» e «indica un accordo, concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale (...), qualunque ne sia la particolare denominazione»¹⁸⁶; il trattato è fonte di norme internazionali particolari che vincolano solo gli Stati contraenti.

Con l'inciso «convenzioni internazionali in vigore per lo Stato» si è inteso sottolineare «che la loro concreta applicabilità dipende dal perfezionamento del trattato sul piano del diritto internazionale¹⁸⁷, oltre che dal compimento di quanto è necessario per renderlo esecutivo sul piano del diritto interno»¹⁸⁸.

Occorre pertanto verificare, ai fini dell'operatività dell'accordo internazionale, non solo l'espletamento – nel diritto interno – delle procedure di ratifica ed esecuzione del trattato¹⁸⁹ ma anche la validità e piena efficacia dell'accordo in ambito internazionale.

Questo comporta che per il perfezionamento¹⁹⁰ delle convenzioni multilaterali abbia avuto luogo il deposito degli strumenti di ratifica e che sia stato raggiunto il numero minimo di ratifiche richiesto per l'entrata in vigore del trattato stesso.

Così, ad esempio, il fatto che il nostro Stato e l'altro con cui si intende instaurare il rapporto di collaborazione abbiano ratificato l'accordo e depositato il relativo strumento non comporta, di per sé, l'operatività dell'accordo medesimo, in mancanza del numero minimo di ratifiche richiesto per l'entrata in vigore del trattato.

Resta ferma la necessità di verificare che lo Stato con cui si intende instaurare il

¹⁸⁴ E. Calvanese, 2003, p. 37.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁸⁶ F. Mosconi, 1991, p. 681.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 685-686.

¹⁸⁸ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Codice di procedura penale. Commentario*, coordinato da A. Giarda, IV, Milano, 1990.

¹⁸⁹ Normalmente, in Italia, a un trattato internazionale è data esecuzione con legge ordinaria; in questi casi, alle norme di adattamento va riconosciuto, nella gerarchia delle fonti italiane, il rango della legge ordinaria. Le norme di adattamento prevalgono sulle leggi ordinarie posteriori in forza del principio di specialità. F. Mosconi, 1991, p. 690; E. Calvanese, 2003, pp. 54-55.

¹⁹⁰ Il perfezionamento del trattato bilaterale (nel caso di stipulazione in forma solenne) si ha per avvenuto al momento dello scambio degli strumenti di ratifica.

rapporto di collaborazione sia parte del trattato e quali riserve siano state eventualmente apposte dalle parti nelle ipotesi di cooperazione giudiziaria penale¹⁹¹.

Giova peraltro osservare che le riserve, introducendo condizioni e limiti alla normativa pattizia, determinano spesso un sensibile mutamento della portata degli accordi internazionali¹⁹².

A tal proposito, va evidenziato come i più recenti strumenti di cooperazione penale tra autorità giudiziarie circoscrivano la facoltà di apporre riserve nei soli casi espressamente consentiti¹⁹³.

L'art. 696 dell'attuale codice di procedura penale ha poi preferito al termine «usi internazionali» la formula «norme di diritto internazionale generale», che, oltre alla consuetudine, fa riferimento a ogni altra possibile fonte di norme generali (quali i cc.dd. principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, di cui all'art. 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia), cui il nostro ordinamento si adegua in forza dell'art. 10, comma 1, Cost¹⁹⁴.

La disposizione codicistica assegna, infine, un valore meramente suppletivo alla normativa interna, che trova applicazione soltanto negli spazi rispetto ai quali lo Stato non è impegnato all'osservanza delle regole del diritto dell'Unione e internazionale.

Il Ministro della giustizia può, in ogni caso, «non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità» (art. 696, comma 4, c.p.p.).

La clausola assicura che il potere politico abbia l'ultima parola qualora lo Stato con cui si dovrebbero intrattenere rapporti non garantisca, nell'ambito della protezione dei diritti, un livello di tutela analogo al nostro.

¹⁹¹ Cfr. art. 23, par. 3, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria: «Quando una parte contraente formuli una riserva ad una norma della convenzione, non potrà pretendere che un'altra parte applichi quella stessa norma se non nella misura in cui *la norma medesima* sia stata – *dalla parte contraente che ha formulato la riserva* – accettata».

¹⁹² E. Calvanese, 2003, p. 50.

¹⁹³ Cfr. art. 25 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, Bruxelles, 29 maggio 2000.

¹⁹⁴ Si tratta del c.d. meccanismo automatico di adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Sul punto, E. Calvanese, 2003, p. 50.

3. L'evoluzione del principio del *locus regit actum*. Il problema della normativa applicabile

Tra i principi generali cui è improntata la disciplina dell'assistenza giudiziaria un posto di primaria importanza spetta a quello del *locus regit actum* (o *lex loci*), che è principio di diritto internazionale universalmente riconosciuto, alla stregua del quale le rogatorie vanno eseguite secondo la legge dello Stato richiesto¹⁹⁵.

D'altronde, è del tutto evidente che lo Stato assistente dia seguito alla richiesta di assistenza giudiziaria conformemente alla propria normativa interna: trattasi, infatti, di attività non solo compiuta nel territorio dello Stato richiesto ma anche eseguita dalle autorità giudiziarie di quest'ultimo¹⁹⁶.

Il principio risponde, oltre che all'esigenza di tutela della sovranità di ciascuno Stato, anche alla necessità di non costringere gli organi giudiziari dello Stato assistito a preoccuparsi, tutte le volte che sia chiesto loro di dar seguito a una rogatoria, di conoscere e di apprendere le norme in vigore nello Stato richiedente¹⁹⁷.

Al fine, però, di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, e tenuto conto delle differenze tra le legislazioni nazionali, che talora ostano all'utilizzo – in uno Stato – di prove formatesi altrove, si è reso necessario il progressivo superamento di tale principio, in favore di forme e procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente.

Si è osservato che l'obiettivo delle rogatorie rischia di venir frustrato quando l'attività compiuta nello Stato rogato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato da cui promana la domanda di assistenza giudiziaria; i diritti fondamentali della persona «non possono, infatti, venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato richiedente»¹⁹⁸.

Nell'intento di assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa prevede una prima attenuazione del principio del *locus regit actum*; ai sensi dell'art. 4, se la parte richiesta vi consenta, le autorità richiedenti e

¹⁹⁵ D. Carcano, 2003, p. 120; M. R. Marchetti, 2005, p. 41.

¹⁹⁶ M. R. Marchetti, 2005, pp. 41-42.

¹⁹⁷ I. Caminiti, 2002, p. 1911.

¹⁹⁸ M. R. Marchetti, 2005, p. 43.

le persone in causa, previamente informate della data e del luogo di esecuzione, possono assistere all'espletamento della rogatoria¹⁹⁹.

La disposizione consente all'autorità rogante di suggerire informalmente all'autorità che procede forme e procedure necessarie per l'utilizzabilità degli atti rogati.

La Convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati dell'Unione²⁰⁰ impone all'autorità richiesta di osservare «le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente», sempre che queste non contrastino con i principi fondamentali dello Stato rogato e che la convenzione non disponga diversamente.

La Convenzione deroga al principio del *locus regit actum*, nell'ottica di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Lo strumento risulta profondamente innovativo rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa, e risponde all'intento di ridurre i rischi di inutilizzabilità degli atti problema che, insieme a quello della perdurante lentezza nei tempi di esecuzione delle rogatorie, osta da sempre al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

A fronte della sensibilità mostrata verso modalità più incisive e più rapide di collaborazione, il d.lgs. n. 149/2017 introduce nuove disposizioni volte a favorire le richieste dell'autorità straniera, e quindi la possibilità di applicare, nei rapporti di cooperazione penale tra autorità, la *lex fori* in luogo della *lex loci*.

Così, nel tentativo di risolvere il problema della utilizzabilità, gli artt. 726-quinquies²⁰¹ e 726-sexies²⁰² c.p.p. consentono allo Stato richiedente di assumere la prova secondo il proprio diritto interno.

Il *favor* mostrato nei rapporti di collaborazione penale per la *lex fori* è pure evidente nel disposto dell'art. 729 c.p.p., ove si legge che «nei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni».

La progressiva attenuazione del principio della *lex loci* ha dunque comportato, nel tempo, il superamento del *mutual legal assistance model*, in favore di nuove modalità di cooperazione.

¹⁹⁹ D. Carcano, 2003, p. 124.

²⁰⁰ Cfr. art. 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, Bruxelles, 29 maggio 2000.

²⁰¹ Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva.

²⁰² Audizione mediante teleconferenza.

4. Gli atti rogabili

Il codice di procedura penale del 1865 consentiva la cooperazione giudiziaria penale tra Stati quando occorresse «addivenire ad esami di testimoni o ad altri atti d'istruzione col mezzo di autorità giudiziarie estere, o (...) chiedere l'arresto o la estradizione di un imputato»²⁰³ che si trovasse in territorio straniero.

Il codice di rito del 1913 prestò maggiore attenzione al tema della cooperazione penale; alle rogatorie fu dedicato un apposito capo²⁰⁴. L'art. 636 elencava gli atti che formavano oggetto di una domanda di assistenza giudiziaria.

In particolare, le autorità italiane provvedevano all'inoltro di richieste di rogatorie per la «citazione e l'esame di testimoni»²⁰⁵ e, più in generale, per «atti di istruzione»²⁰⁶ o per l'esecuzione di provvedimenti d'istruzione»²⁰⁷.

Il c.p.p. del 1930 ripropose, in termini pressoché identici, il previgente art. 636²⁰⁸. Nell'attuale assetto codicistico, gli artt. 723 e 727 indicano gli atti²⁰⁹ per i quali è consentito, rispettivamente, prestare o richiedere assistenza giudiziaria.

La formulazione delle disposizioni relative all'oggetto delle richieste di rogatoria promananti da o trasmesse ad autorità straniera è generica, ed è comprensiva di ogni atto che abbia lo scopo «di indagare o di chiarire la verità dei fatti»²¹⁰.

L'intento è quello di evitare sterili elencazioni, destinate a una rapida obsolescenza²¹¹.

D'altronde, l'indicazione degli atti rogabili contenuta, in via del tutto eccezionale²¹², in alcune convenzioni internazionali²¹³, ha carattere meramente indicativo, e non tassativo²¹⁴.

Al fine dell'individuazione degli atti oggetto di rogatoria, occorre avere riguardo

²⁰³ Cfr. art. 853 c.p.p. 1865.

²⁰⁴ Cfr. Capo II, titolo V del libro IV del codice di procedura penale del 1913.

²⁰⁵ Cfr. art. 636 c.p.p. 1913.

²⁰⁶ È rimessa, all'autorità richiesta, la discrezionalità in ordine alle modalità di esecuzione della domanda avente ad oggetto atti di istruzione. Viceversa, nel caso di esecuzione di provvedimento d'istruzione promanante da altro Stato, l'autorità straniera è tenuta a dar corso al provvedimento medesimo secondo le indicazioni all'uopo fornite dall'autorità richiedente, senza alcuna sua iniziativa. Sul punto, v. L. Mortara, U. Aloisi e R. Mangini, 1926, pp. 349-350.

²⁰⁷ Cfr. art. 636 c.p.p. 1913.

²⁰⁸ Cfr. art. 657 c.p.p. 1930.

²⁰⁹ Le comunicazioni, le notificazioni e le attività di acquisizione probatoria.

²¹⁰ L'espressione è richiamata da G. Capaldo, 1991, p. 794.

²¹¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 60.

²¹² La normativa convenzionale evita, di regola, un'elencazione puntuale degli atti eseguibili per rogatoria.

²¹³ Cfr. Trattato Italia-Stati Uniti, Roma 3 maggio 2006.

²¹⁴ M. R. Marchetti, 2005, p. 60.

ai poteri di cui dispongono le autorità giudiziarie dello Stato richiesto²¹⁵; deve, cioè, trattarsi di attività giuridicamente possibile anche se non corrispondente a un istituto processuale dello Stato rogante²¹⁶.

Tra gli atti rogabili rientrano i mezzi di prova e quelli di ricerca della prova; si discute, invece, circa la possibilità di includere nel novero degli atti eseguibili per rogatoria le cosiddette prove innominate, purché idonee, conformemente al disposto di cui all'art. 189 c.p.p., ad assicurare l'accertamento dei fatti e sempre che non pregiudichino la libertà morale della persona²¹⁷.

Ulteriori incertezze si hanno con riferimento all'interrogatorio dell'imputato, anche se l'orientamento prevalente è nel senso di annoverare quest'ultimo tra gli atti rogabili, in considerazione del fatto che persino la normativa pattizia prevede, talora, la possibilità di inoltrare la domanda di assistenza giudiziaria per l'espletamento di detta attività.

Lo strumento della rogatoria non può essere utilizzato per l'esecuzione all'estero di provvedimenti incidenti sulla libertà personale di qualsiasi tipo emessi dall'autorità giudiziaria nei confronti dell'indagato, dell'imputato o del condannato, perché solo l'istituto dell'extradizione consente, in passivo, di assicurare una persona in Italia all'esecuzione della pena detentiva o della misura cautelare custodiale applicata da una autorità straniera e che, viceversa in attivo, permette di trasferire una persona dall'estero in Italia allo scopo di eseguire un provvedimento restrittivo o di condanna a pena detentiva emesso da un'autorità giudiziaria nazionale²¹⁸.

È, altresì, esclusa la possibilità di acquisire, tramite rogatoria, gli atti di un procedimento penale celebrato all'estero, in corso o già concluso; in questa ipotesi, per ragioni di semplificazione, è consentito procedere nei modi di cui all'art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p.

Lo Stato estero, in ragione del principio di reciprocità, può del pari richiedere e acquisire, senza particolari formalità, atti di un processo svoltosi in Italia.

²¹⁵ L'attività oggetto di rogatoria deve rientrare nei poteri dell'autorità giudiziaria dello Stato richiesto.

²¹⁶ M. R. Marchetti, 2005, p. 60.

²¹⁷ Secondo parte della dottrina, le cosiddette prove innominate possono formare oggetto di rogatoria solo ove sia consentito alle autorità richiedenti di specificare le modalità di assunzione dell'atto, posto che, nel caso delle prove atipiche, il giudice, dopo aver valutato l'idoneità della prova all'accertamento dei fatti e il pregiudizio per la libertà morale della persona, deve sentire le parti in merito alle modalità di acquisizione. Tale adempimento rappresenta il limite processuale all'ammissione delle stesse. M. R. Marchetti, 2005, p. 61.

²¹⁸ Z. Secchi, 2003, p. 188.

Non possono costituire oggetto di rogatorie neppure le richieste di informazioni sui procedimenti penali dell'imputato, perché meri atti amministrativi, né gli atti tipici di polizia giudiziaria, stante l'impossibilità di qualificare questi ultimi alla stregua di atti aventi natura giurisdizionale²¹⁹.

Quanto alle attività di notificazione, pure passibili, ai sensi degli artt. 723 e 727 c.p.p., di rogatoria, pare opportuno preferirne l'effettuazione tramite mezzo postale.

D'altronde, la notifica a mezzo posta è stata, per la prima volta, prevista quale modalità principale nella convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, e analoga disposizione è, oggi, contenuta nella Convenzione – del 2000 – relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Tra gli atti rogabili vengono inoltre inclusi, pur non concretando attività di acquisizione probatoria, le misure cautelari reali; in particolare, è considerato rogabile il sequestro conservativo, in quanto rientrante nel concetto di ampia collaborazione di cui all'art. 1, comma 1, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale²²⁰, con l'ulteriore effetto, non trattandosi di un mezzo di ricerca della prova, di venir disciplinato, quanto a modalità di trasmissione della richiesta, dall'art. 15 paragrafo 4 Conv. eur. ass. giud. pen., e non dall'art. 3 della Convenzione medesima²²¹.

Esulano, invece, dalla rogatoria “tradizionale”, l'audizione tramite videoconferenza transnazionale o a mezzo di conferenza telefonica, nonché i risultati probatori ottenuti mediante indagini congiunte, rappresentando, queste, nuove forme di collaborazione che consentono – a certe condizioni – l'assunzione diretta di determinati mezzi di prova.

²¹⁹ G. Capaldo, 1991, p. 795.

²²⁰ M. R. Marchetti, 2005, p. 65; Z. Secchi, 2003, p. 198.

²²¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 65.

5. Il procedimento di assistenza giudiziaria rogatoriale

5.1. Premessa

Il codice di procedura penale del 1865 non disciplinava compiutamente il procedimento relativo all'esecuzione di una domanda di assistenza giudiziaria promanante da un'autorità straniera. In effetti, l'art. 854 si limitava a designare, quali giudici funzionalmente competenti a dar corso a una richiesta di cooperazione interstatale, «la corte d'appello (sezione d'accusa)»²²² o altro giudice da questa designato²²³.

Fu il codice di rito del 1913 a distinguere la fase di garanzia giurisdizionale, denominata *exequatur*, da quella dell'esecuzione; spettava alla «corte d'appello del luogo in cui doveva procedersi»²²⁴ all'esecuzione degli atti rogati, la valutazione in ordine alla possibilità di dar seguito a una domanda di assistenza giudiziaria promanante da un'autorità estera²²⁵. Nulla era detto, però, circa i parametri in base ai quali concedere o negare l'esecutorietà.

Ai sensi dell'art. 637, co.2, la Corte designava «uno dei suoi membri, ovvero il giudice istruttore o il pretore»²²⁶ per l'esecuzione della richiesta.

Il codice di procedura penale del 1930 regolamentò con più precisione il procedimento di esecuzione e le relative fasi.

Ferma la deroga – già contenuta nel previgente codice – circa la non necessarietà dell'*exequatur* in tema di citazione dei testimoni, era devoluta alla «sezione istruttoria della corte d'appello»²²⁷ la competenza funzionale a decidere in ordine all'esecutorietà delle rogatorie provenienti dall'estero.

La fase di garanzia giurisdizionale era preordinata ad accertare l'insussistenza delle ragioni ostantive all'accoglimento della richiesta; il codice subordinava la decisione in ordine all'esecutorietà della domanda di assistenza giudiziaria promanante da un'autorità estera, alla previa verifica circa la non contrarietà della

²²² Cfr. art. 854 c.p.p. 1865.

²²³ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 11.

²²⁴ Cfr. art. 637, co. 1, c.p.p. 1913.

²²⁵ Gli artt. 637, co. 1, e 638, prevedono una deroga in tema di citazione dei testimoni, non assoggettando la stessa alla fase di garanzia giurisdizionale. F. Mosconi e M. Pisani, 1984, cit., p. 11.

²²⁶ Cfr. art. 637, co. 2, c.p.p. 1913.

²²⁷ Cfr. art. 658 c.p.p. 1930.

stessa alle «disposizioni di legge o ai principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica»²²⁸.

La Corte decideva con ordinanza, su requisitoria del procuratore generale e provvedeva, per l'esecuzione della richiesta, a designare «uno dei suoi componenti, ovvero il giudice istruttore o il pretore del luogo in cui gli atti devono compiersi»²²⁹.

Il codice di rito penale del 1988 – prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149/2017 – disciplinava la materia riproducendo, sostanzialmente, i meccanismi procedurali del previgente assetto normativo.

La struttura del procedimento giurisdizionale di esecuzione delle rogatorie dall'estero delineata dal legislatore del 1988, era rimasta pressoché invariata rispetto al codice del 1930.

A seguito della soppressione della sezione istruttoria, spettava, infatti, alla corte d'appello²³⁰, la competenza funzionale in ordine alla verifica circa l'insussistenza dei presupposti ostativi all'accoglimento della richiesta²³¹.

Al procuratore generale competevano, invece, meri poteri di iniziativa; una volta ricevuti gli atti dal ministro, a lui spettava il compito di promuovere il giudizio dinanzi alla corte d'appello.

Restava, dunque, di esclusivo appannaggio della corte il vaglio giurisdizionale sulle istanze di cooperazione giudiziaria provenienti da autorità estere, sebbene le esigenze di collaborazione in tema di acquisizione della prova necessitassero – più propriamente – delle competenze di organi diversi²³².

Nel riproporre modelli processuali consunti dal tempo, il legislatore del 1988 aveva persino utilizzato il termine «requisitoria» - espressivo dell'intervento dell'organo d'accusa nel processo inquisitorio – per indicare i poteri di impulso processuale che il procuratore generale, ex art. 724, co. 2, c.p.p., era tenuto a esercitare una volta ricevuta la domanda di assistenza giudiziaria straniera²³³.

In aggiunta al controllo di tipo giurisdizionale, il codice di procedura penale introduceva pure un vaglio di natura politica, di competenza del ministro della giustizia, non previsto nel previgente assetto di disciplina.

²²⁸ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 12.

²²⁹ Cfr. art. 658, co. 2, c.p.p. 1930.

²³⁰ E non più alla sezione istruttoria della stessa.

²³¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 79.

²³² G. Melillo, 2003, p. 266.

²³³ G. Melillo, 2003, p. 267.

Il legislatore del 1988 aveva, così, non solo adottato impianti procedurali sovrabbondanti rispetto alle esigenze di cooperazione giudiziaria ma aveva anche appesantito – con la previsione di un duplice filtro di ammissibilità della domanda – l'apparato procedurale chiamato ad attivarsi in presenza di una rogatoria promanante da altri Stati, a detrimento della qualità della nostra offerta di collaborazione²³⁴.

5.2. Il controllo giurisdizionale nel previgente assetto normativo

Verificata l'insussistenza²³⁵ delle condizioni ostative all'accoglimento della richiesta, e salvo i casi di cooperazione diretta tra autorità giudiziarie, il ministro della giustizia trasmetteva la domanda promanante da altro Stato al procuratore generale presso la corte d'appello²³⁶.

Aveva, così, inizio – nel previgente assetto normativo – la fase di garanzia giurisdizionale, preordinata alla verifica dei presupposti che legittimavano l'esecuzione della richiesta.

Al procuratore generale spettava il compito di promuovere il giudizio dinanzi alla corte; era, infatti, prerogativa della corte d'appello la valutazione in ordine all'insussistenza delle ragioni ostative all'accoglimento della richiesta.

Il procuratore generale poteva, in ogni caso, ove non ravvisasse i presupposti di legge per l'esecuzione della domanda, chiedere alla corte d'appello una decisione di rigetto, discostandosi, in tal modo, dalle valutazioni di carattere politico espresse in precedenza dal ministro.

La legge assegnava dunque al procuratore generale il compito di promuovere il giudizio²³⁷.

Il procuratore generale aveva il compito di promuovere il giudizio dinanzi alla corte d'appello anche nel caso di trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, senza che, in ragione della mancanza del previo filtro di ammissibilità politica, competesse a questi la valutazione in ordine all'insussistenza dei presupposti di

²³⁴ G. Melillo, 2003, p. 267.

²³⁵ Ex art. 723 c.p.p.

²³⁶ M. R. Marchetti, 2005, p. 84.

²³⁷ Salvo che la domanda non promanasse da un'autorità amministrativa. In tal caso, la fase di garanzia giurisdizionale era rimessa al giudice per le indagini preliminari, e spettava al procuratore della Repubblica promuovere il relativo giudizio. M. R. Marchetti, 2005, p. 84.

cui all'art. 723 c.p.p.

Esulava, infatti, dalla sua competenza qualsivoglia verifica in ordine alle condizioni legittimanti l'esecuzione della richiesta²³⁸.

Il codice prevedeva inoltre che la data dell'udienza camerale dovesse essere comunicata, a pena di nullità ex artt. 178 e 180 c.p.p., al procuratore generale, che restava libero di parteciparvi o meno; se compariva, doveva però essere sentito²³⁹.

Ai sensi del previgente art. 724 c.p.p., spettava alla corte d'appello del luogo in cui doveva procedersi agli atti richiesti, la decisione in ordine alla possibilità di dar seguito a una domanda di assistenza giudiziaria promanante da un'autorità estera²⁴⁰.

²³⁸ Spettava infine al procuratore generale ripristinare il corretto *iter* procedimentale da seguire nelle ipotesi di richiesta di assistenza giudiziaria promanante da altro Stato.

Il mancato rispetto delle disposizioni codicistiche in tema di ricezione della domanda determinava la nullità della decisione della corte per difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana.

Così, ad esempio, nel caso di inoltro diretto – tra autorità giudiziarie – della domanda di assistenza, non previsto da convenzione internazionale. In queste ipotesi, ricevuta la richiesta, il procuratore generale, lungi dal promuovere il giudizio dinanzi alla corte, che avrebbe dato luogo – in caso di statuizione – al vizio di nullità per difetto di giurisdizione della autorità giudiziaria italiana, doveva trasmettere gli atti al ministro, ripristinando il corretto *iter* da seguire.

²³⁹ M. R. Marchetti, 2005, p. 86.

Sul procuratore generale gravavano anche obblighi di informazione; nel caso in cui la convenzione prevedesse l'inoltro diretto della domanda tra autorità giudiziarie, questi era, infatti, tenuto, a informare il ministro della giustizia della rogatoria, mediante trasmissione senza ritardo di copia della richiesta. Ai sensi dell'art. 724 co. 2 c.p.p., il procuratore generale trasmetteva, poi, senza ritardo, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo copia delle rogatorie dell'autorità straniera che si riferivano ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

Infine, nell'ipotesi di citazione dei testimoni residenti o dimoranti nello Stato, per la quale non era prevista la fase di garanzia giurisdizionale, spettava al procuratore della Repubblica provvedere alla citazione, atteso il carattere meramente strumentale e formale dell'attività richiesta dall'autorità giudiziaria straniera.

²⁴⁰ La disposizione – prima della modifica normativa attuata con legge n. 367 del 2001 – riproponeva in sostanza l'art. 658 del codice di procedura penale del 1930.

In assenza, dunque, di una regola volta a determinare il giudice competente nell'ipotesi in cui gli atti dovessero compiersi in distretti diversi della corte d'appello, si era ritenuto – sotto la vigenza del vecchio codice prima, e di quello nuovo poi – che uno solo dovesse essere l'organo deliberante sulla esecutorietà, e che esso andasse individuato nel luogo in cui aveva da compiersi l'atto di maggiore importanza. M. R. Marchetti, 2005, p. 80; G. Capaldo, 1991, p. 778.

Sebbene animata da intenti di economia processuale e dall'esigenza di evitare conflitti di pronunce giurisdizionali, siffatta soluzione è apparsa a molti inadeguata per almeno due ordini di ragioni.

In primis, per la difficoltà di stabilire l'atto di maggiore importanza, apparendo tale valutazione il più delle volte arbitraria.

E poi per la contrarietà di detta soluzione con il principio del giudice precostituito per legge ex art. 25 co. 2 Cost.

Espletato il controllo di natura politica di cui all'art. 723 c.p.p., spettava infatti al ministro della giustizia individuare, sulla base della competenza territoriale della corte d'appello, il procuratore generale cui trasmettere la richiesta.

Stante, dunque, il carattere preliminare della valutazione circa l'atto di maggiore importanza, è indubbio che il relativo vaglio competesse al ministro, in palese distonia con il principio di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

Lo stesso per le ipotesi di trasmissione diretta, ove il giudice competente era individuato dall'autorità straniera, in evidente contrasto con il dettato costituzionale che impone la precostituzione del giudice per legge.

Dopo aver valutato la sussistenza della propria giurisdizione²⁴¹ e della propria competenza territoriale, la corte d'appello accertava la mancanza dei presupposti di cui al co. 5 dell'art. 724 c.p.p., ostativi all'accoglimento della richiesta.

Rispetto al vaglio di competenza del ministro, la corte aveva maggiore discrezionalità²⁴².

Il consenso dell'imputato, esplicito e reso liberamente, permetteva comunque di dar seguito alla richiesta di cooperazione.

Ricevuta – così – dal procuratore generale la richiesta di rogatoria promanante da altro Stato, il presidente della Corte d'appello fissava la data dell'udienza

Era parso pertanto preferibile dichiarare l'esecutorietà in relazione al singolo atto, e non complessivamente: una scelta che avrebbe avuto il pregio di evitare diversità di trattamento «tra l'ipotesi in cui gli stessi atti *fossero* richiesti contestualmente e quella in cui *fossero* richiesti in più rogatorie distinte e successive». M. R. Marchetti, 2005, p. 80; G. Capaldo, 1991, p. 778.

Con l'introduzione del co. 1-*bis* dell'art. 724 c.p.p. ad opera della l. n. 367/2001, il legislatore aveva infine regolamentato l'ipotesi di richiesta promanante dall'estero avente ad oggetto più atti da compiersi in distretti diversi della corte d'appello.

Per espressa previsione di legge, spettava alla corte di cassazione individuare l'unico organo deliberante sulla esecutorietà della rogatoria, «tenuto conto anche del numero di atti da svolgere e della tipologia ed importanza degli stessi». Cfr. art. 724 co. 1-*bis* c.p.p. 1988.

La disposizione non sembrava comunque in linea con il principio del giudice precostituito per legge ex art. 25 co. 2 Cost.; essa, infatti, indicava solo, in maniera del tutto generica, i criteri che la corte avrebbe dovuto seguire nel determinare il giudice competente.

Vale peraltro ricordare che la norma concerneva i soli casi in cui la stessa richiesta avesse ad oggetto più atti, e non anche le ipotesi in cui questi fossero domandati con rogatorie distinte.

²⁴¹ La corte doveva preliminarmente valutare il rispetto dell'*iter* di trasmissione della domanda; la violazione di detto *iter* procedimentale determinava, infatti, la nullità della decisione per difetto di giurisdizione della autorità giudiziaria italiana. M. R. Marchetti, 2005, p. 100.

²⁴² Alla corte spettava in primo luogo verificare che «gli atti richiesti *non fossero* vietati dalla legge o contrari a principi dell'ordinamento giuridico dello Stato». Cfr. art. 724, co. 5, c.p.p.

A differenza poi dell'art. 723 co. 2 c.p.p., l'art. 724 co. 5 c.p.p. non richiedeva un espresso divieto legislativo, potendo la corte non dar seguito a una richiesta promanante da altro Stato allorché ritenesse sussistente un divieto di legge, pure implicito. C. Valentini, 2003, p. 152.

Le due disposizioni non erano del tutto convergenti anche con riferimento al parametro della non contrarietà degli atti richiesti ai principi dell'ordinamento giuridico.

Ai sensi dell'art. 723 co. 2 c.p.p., il ministro non dava, infatti, corso alla richiesta solo se risultasse “evidente” la contrarietà della stessa ai principi “fondamentali” del nostro ordinamento giuridico; la corte aveva invece, ancora una volta, maggiore discrezionalità, non essendo vincolata al requisito dell'evidenza, e avendo, il suo controllo, ad oggetto i principi dell'ordinamento, quali derivanti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e dal codice di procedura penale. M. R. Marchetti, 2005, p. 50.

La corte non dava del pari corso alla domanda promanante da altro Stato «se il fatto per cui procede l'autorità straniera non è previsto come reato dalla legge italiana». Cfr. art. 724, co. 5, lett. b c.p.p.

Il requisito della “doppia punibilità” era volto a evitare l'attivazione dei meccanismi di cooperazione per l'accertamento di fatti privi di disvalore sociale per l'ordinamento nazionale. G. Capaldo, sub art. 724, cit., p. 783.

La valutazione in ordine alla sussistenza di detto presupposto era di esclusiva spettanza della corte. Alla richiesta promanante da altro Stato si doveva comunque dar seguito ove l'imputato prestasse – in maniera esplicita e libera – il proprio consenso all'esecuzione della stessa.

Infine, la corte non dava corso alla rogatoria «se vi *erano* fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali *potessero* influire sullo svolgimento o sull'esito del processo, e non *risultasse* che l'imputato *avesse* liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria». Cfr. art. 724, co. 5, lett. c c.p.p.

camerale, dandone comunicazione – a pena di nullità ex artt. 178 e 180 c.p.p. – all'ufficio requirente²⁴³.

L'art. 724 c.p.p. non prevedeva, però, l'obbligo di dare comunicazione della data dell'udienza camerale all'imputato e al suo difensore; la mancata inclusione di tali soggetti tra quelli destinatari della notificazione dell'avviso dell'udienza aveva portato – la prevalente giurisprudenza – a qualificare la fase di *exequatur* quale giudizio senza contraddittorio²⁴⁴, privo di fondamento costituzionale alla luce dell'art. 24 Cost.

Parte della dottrina aveva, pertanto, evidenziato l'incompatibilità, con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, della disposizione codicistica che non prevedeva la partecipazione difensiva di imputato e difensore all'udienza atta a verificare l'insussistenza dei presupposti ostativi all'accoglimento della richiesta²⁴⁵.

Si spiega così lo sforzo, profuso in via interpretativa, volto a ridurre il vuoto di tutela originato dalla mancata inclusione legislativa dell'imputato e del suo difensore tra i soggetti destinatari della comunicazione della data dell'udienza camerale, (sforzo) resosi necessario alla luce dell'effetto di ulteriore compressione delle garanzie difensive derivante dalla impossibilità di impugnare la deliberazione conclusiva della procedura innanzi alla corte d'appello.

A fronte della dimidiazione delle garanzie difensive dell'imputato ex art. 724 c.p.p., la prevalente dottrina aveva infatti ritenuto applicabile la disciplina del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p., che garantisce la partecipazione all'udienza camerale di imputato e difensore²⁴⁶.

L'esigenza di assicurare la partecipazione della difesa all'udienza di cui all'art. 724 co. 3 c.p.p., sembrava essere in qualche modo presupposta dalla disciplina codicistica concernente il controllo giurisdizionale di ammissibilità della rogatoria straniera, laddove prevedeva che il consenso dell'imputato valesse a superare i motivi ostativi all'accoglimento della richiesta di cui alle lettere *b* e *c* del comma

²⁴³ Il procuratore generale restava libero di parteciparvi o meno; se compariva doveva, però, essere sentito.

²⁴⁴ G. Melillo, 2003, p. 291.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 292.

²⁴⁶ Giova evidenziare che, anche sotto la vigenza del vecchio codice (il cui art. 658 è, sotto il profilo che interessa, del tutto analogo all'art. 724), non è mai stata sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l'art. 24, co. 2, Cost. M. R. Marchetti, 2005, p. 94.

5 dell'art. 724 c.p.p.²⁴⁷.

Il codice, però, nulla diceva quanto alle modalità di espressione e raccolta del consenso dell'imputato, volto a rimuovere – nei casi di “doppia punibilità” e di rischio di celebrazione nello Stato richiedente di un processo discriminatorio – i presupposti ostativi alla concessione della rogatoria²⁴⁸.

Accertata l'insussistenza dei presupposti ostativi all'accoglimento della richiesta e designata l'autorità giudiziaria competente al compimento degli atti richiesti con ordinanza non impugnabile²⁴⁹, si apriva la fase dell'esecuzione.

²⁴⁷ G. Melillo, 2003, p. 293.

²⁴⁸ Si trattava, dunque, di individuare quando e dinanzi a quale autorità il consenso dell'imputato, atto a rimuovere (ai sensi delle lettere *b* e *c* del co. 5 dell'art. 724 c.p.p.) i presupposti ostativi all'accoglimento della richiesta, dovesse essere reso.

In mancanza di apposita regolamentazione codicistica sul punto, e posto che il consenso dell'imputato rilevava nella fase di *exequatur* per superare i motivi di rifiuto previsti dalle lettere *b* e *c* del co. 5 dell'art. 724 c.p.p., pareva opportuno (ove l'imputato si trovasse all'estero) acquisire il consenso anteriormente rispetto all'udienza camerale, e redigere apposito verbale da esibire in sede di udienza.

Nulla escludeva, però, che il consenso potesse essere assunto direttamente in occasione dell'udienza camerale, quando l'imputato si trovasse nel territorio dello Stato e potesse partecipare all'udienza.

Se però la richiesta di rogatoria aveva ad oggetto il compimento di «atti a sorpresa», per i quali il preventivo consenso dell'imputato avrebbe avuto l'effetto di renderne presumibilmente inutile il successivo compimento, appariva opportuno posticipare il momento di acquisizione del consenso che, in dette ipotesi, legittimava non già il compimento degli atti ma la trasmissione dei risultati all'autorità richiedente. In merito, risultava auspicabile un intervento del legislatore volto a disciplinare puntualmente i casi in esame. M. R. Marchetti, 2005, p. 96.

Il consenso, formale ed esplicito, doveva essere reso, a seconda che l'imputato si trovasse nel territorio dello Stato o all'estero, dinanzi all'autorità giudiziaria competente per l'*exequatur* o a quella straniera richiedente. M. R. Marchetti, 2005, p. 95.

Inoltre, sebbene la tutela difensiva sia ineludibile – stante il disposto di cui all'art. 24 co. 2 Cost. –, va considerato che, talora, le domande promananti da altro Stato hanno ad oggetto il compimento di atti cosiddetti «a sorpresa», per i quali il preventivo *exequatur*, ove all'udienza partecipi l'imputato, avrebbe l'effetto di renderne presumibilmente inutile il successivo compimento. Sul punto, M. R. Marchetti, 2005, p. 94. «Atti a sorpresa» che paiono votati a un destino di inefficacia pratica per effetto della sola preventiva (possibilità di) conoscenza di essi che si offra all'interessato. V. G. Melillo, 2003, p. 295.

In siffatte ipotesi, era dunque il ricorso a «forme di differimento del controllo difensivo»²⁴⁸, l'esigenza, cioè, di dare seguito a una rogatoria con modalità atte a scongiurare il pericolo di possibili irreparabili pregiudizi alle attività di indagine giustificava, in questi casi, il mancato avviso all'imputato e al suo difensore dell'udienza di cui all'art. 724, co. 3, c.p.p., stante – in ogni caso – la necessità di assicurare l'attuazione del diritto di difesa in un momento successivo, in sede, cioè, di esecuzione della rogatoria²⁴⁸. G. Melillo, 2003, p. 297, M. R. Marchetti, 2005, p. 94.

²⁴⁹ L'ordinanza di *exequatur* (che statuiva in ordine alla eseguibilità o meno della richiesta) conteneva inoltre l'indicazione del componente della corte d'appello o del giudice per le indagini preliminari designato al compimento degli atti richiesti.

Nel vigore della precedente normativa, ci si chiedeva anche «se, nel caso in cui gli atti richiesti dovessero venir posti in essere, pur entro il distretto della corte, in circoscrizioni diverse, fosse possibile delegare più giudici per le indagini preliminari, ognuno dei quali provvederà per la parte di sua competenza, o se la delega dovesse necessariamente riguardare un solo giudice. (...) Pare più logico ritenere che la corte potesse delegare i diversi giudici territorialmente competenti». M. R. Marchetti, 2005, p. 105.

Peraltro, la scelta di affidare il compimento degli atti richiesti a un consigliere della corte d'appello o al giudice per le indagini preliminari ha destato, in dottrina e nella giurisprudenza di merito, notevoli perplessità.

La Corte costituzionale ha, però, con la sentenza n. 336 dell'8 ottobre 1996, dichiarato non fondata una questione di legittimità degli artt. 723 comma 1 e 725 co. 2 c.p.p., sollevata, con riferimento agli artt. 3, 24, 76 Cost., dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, delegato dalla Corte d'appello di Milano alla esecuzione di rogatoria di autorità straniera (francese) per attività di acquisizione probatoria.

Secondo l'ordinanza di rimessione, l'attività di acquisizione probatoria, prevista dall'art. 723 c.p.p. tra quelle rogabili da autorità straniera, comprenderebbe non solo specifici atti richiesti dalla autorità rogante ma anche attività di indagine discrezionali e generalizzate. In tal modo, il giudice chiamato a dare esecuzione alla rogatoria, ai sensi dell'art. 725, comma 2 c.p.p., verrebbe investito di poteri, che, nel nostro ordinamento processuale, sarebbero riservati al pubblico ministero in base agli artt. 358 e ss. c.p.p.

Ciò comporterebbe innanzitutto violazione dell'art. 76 della Costituzione, per contrasto con la legge di delegazione (legge 16 febbraio 1987, n. 81), la quale, pur non contenendo – ad avviso del rimettente – alcuna specifica disposizione in materia di rapporti con autorità straniere, regolati, di norma, da fonti di diritto internazionale pattizio e solo residualmente dalla disciplina generale interna, porrebbe comunque al legislatore delegato un vincolo di adeguamento di tutti gli istituti processuali ai principi e criteri risultanti dall'art. 2 (punto 104), e in particolare a quello concernente la diversa posizione del giudice rispetto al pubblico ministero (punto 37, art. 2, comma 2).

Sarebbero inoltre violati gli artt. 3 e 24 della Costituzione, poiché, nella procedura avviata su richiesta della autorità straniera, si verrebbe a porre la persona sottoposta ad indagine di fronte «a un giudice-inquisitore, con evidente affievolimento della ordinaria dialettica processuale e della tendenziale parità tra accusa e difesa, tanto più in quanto lo stesso giudice (componente della corte d'appello o giudice per le indagini preliminari) potrebbe essere chiamato a pronunciarsi su eventuali richieste di misure cautelari, o a intervenire nel conseguente procedimento di estradizione».

La questione di legittimità costituzionale è stata, però, dichiarata non fondata.

Soccorre, in proposito, l'art. 2, comma 1, prima parte, della legge di delegazione, secondo il quale il codice di procedura penale deve adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. È in attuazione di tale principio che l'art. 696 c.p.p. stabilisce che l'intera materia dei rapporti con autorità straniere relativi alla amministrazione della giustizia penale, sia disciplinata dalle norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale; solo se tali norme manchino, o non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni del nostro codice.

È pertanto indubitabile, alla luce della legge di delegazione e delle fonti da essa richiamate, che oggetto di rogatoria possa essere anche l'attività di indagine e di ricerca delle fonti di prova.

Ciò trova conferma nella convenzione europea di assistenza giudiziaria, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, di cui alla legge di esecuzione 23 febbraio 1961, n. 215 (che regola i rapporti anche con la Francia), secondo la quale la richiesta di assistenza giudiziaria può riguardare non solo il compimento di atti istruttori, intesi quali mezzi di formazione della prova, o la trasmissione di corpi di reato, di fascicoli o di documenti (art. 3, comma 1), ma anche attività di indagine preliminare a procedimento penale (art. 15, comma 4), che può comportare un certo grado di iniziativa e discrezionalità per l'organo che deve compierle.

Del resto, l'art. 727 del codice di procedura penale, nel disciplinare la rogatoria attiva, individua quale possibile soggetto richiedente, il pubblico ministero, il quale, nel nostro ordinamento processuale, è organo di indagine: a conferma che la nozione di "attività di acquisizione probatoria", di cui all'art. 723 c.p.p., va intesa in senso ampio, si da ricomprendervi anche l'attività di indagine.

D'altronde, le norme internazionali, alle quali la legge di delegazione rimanda, non sono violate per il fatto che le indagini richieste dalla autorità straniera siano affidate, ex art. 723, comma 1, del codice di procedura penale, al giudice anziché al pubblico ministero.

È da osservare in proposito che dalla disciplina internazionale non discende alcun vincolo per gli Stati aderenti in ordine alla individuazione dell'organo competente, nei rispettivi ordinamenti, all'espletamento della rogatoria. L'art.3, paragrafo 1, della convenzione di Strasburgo stabilisce infatti che «la Parte richiesta farà eseguire, nelle forme previste dalla propria legislazione, le rogatorie relative ad un procedimento penale che verranno a lei dirette dalle autorità giudiziarie della Parte richiedente che hanno per oggetto il compimento di atti istruttori o la trasmissione di corpi di reato, di fascicoli o di documenti».

Si versa, pertanto, in materia in cui la scelta degli organi competenti e delle "forme" processuali è rimessa al diritto interno.

Come già evidenziato, la corte d'appello concludeva la fase di *exequatur* con ordinanza, avverso la quale il codice non prevedeva la possibilità di esperire impugnazione.

Malgrado il comma 7 dell'art. 127 c.p.p. sancisca la ricorribilità per cassazione del provvedimento conclusivo dell'udienza camerale, l'ordinanza con cui l'autorità giudiziaria funzionalmente competente concedeva l'*exequatur* era da ritenersi, stante il principio di tassatività dei mezzi di gravame, inoppugnabile.

Per superare il *vulnus* arrecato alle garanzie difensive dell'accusato dall'impossibilità di impugnare la deliberazione conclusiva della procedura innanzi alla corte d'appello, la giurisprudenza sembrava univoca nell'ammettere esperibile, proprio nella fase di esecuzione della rogatoria, il rimedio dell'incidente di esecuzione, mediante il quale l'imputato non poteva, tuttavia, eccepire l'incompetenza territoriale del giudice o la sussistenza di un presupposto ostativo all'accoglimento della richiesta.

Al fine di evitare di lasciare l'interessato privo di adeguata tutela, parte della dottrina ha ritenuto pure possibile assoggettare al procedimento di riesame il provvedimento di sequestro²⁵⁰ reso dall'autorità straniera²⁵¹.

La tesi, pure suggestiva per il tentativo di ridurre il *deficit* di tutela derivante dalla mancata previsione di apposito rimedio esperibile avverso la deliberazione conclusiva della procedura di *exequatur*, non sembrava tuttavia praticabile, sia

Attese le molteplici utilizzazioni che delle rogatorie possono darsi nei diversi ordinamenti, il legislatore italiano ha disposto, con valutazione che non appare irragionevole né contrastante con le garanzie della difesa, che tutte le attività di acquisizione probatoria siano compiute non dal pubblico ministero, che è istituzionalmente parte nel processo penale italiano, ma dal giudice, che, per la sua posizione di terzietà, conferisce all'attività rogata il livello più elevato di affidamento che lo Stato sia in grado di assicurare.

Anche la scelta del legislatore delegato di attribuire alla Corte d'appello, competente a concedere l'*exequatur*, il potere di delegare le operazioni esecutive a un suo componente, o al giudice per le indagini preliminari, non appare irragionevole, poiché chiaramente ispirata all'esigenza di inquadrare in una competenza funzionale il compimento di atti che possono avere la natura più varia ed attenere a fasi o forme del procedimento estero non sempre agevolmente riconducibili agli schemi propri dell'ordinamento processuale italiano.

Si deve aggiungere che – secondo l'art. 725, comma 2, del codice di procedura penale – l'attività in rogatoria deve essere svolta secondo le norme del nostro codice, e quindi nelle forme e con tutte le garanzie proprie, nel nostro ordinamento processuale, dei diversi atti da compiere.

«Quanto all'ultimo profilo di censura, secondo il quale il giudice incaricato della esecuzione della rogatoria sarebbe lo stesso che, nel sistema del codice, sarà poi chiamato a decidere su conseguenti richieste di estradizione e ad applicare eventuali misure cautelari (con una asserita e non consentita sovrapposizione tra organo dell'indagine ed organo della decisione), esso è irrilevante, non emergendo dagli atti che il rimettente versi nella situazione prospettata».

Cfr. Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 336.

²⁵⁰ Il riferimento è all'ordinanza di sequestro conservativo (art. 318), al decreto di sequestro preventivo (art. 322) e al decreto di sequestro per finalità probatorie (art. 257) resi dall'autorità straniera.

²⁵¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 110.

perché un controllo penetrante nel merito del provvedimento – imposto proprio dal procedimento di riesame – pareva precluso in relazione ad atti promananti da autorità straniere sia perché l’ambito di operatività del rimedio era chiaramente circoscritto ai «provvedimenti adottati per finalità proprie della giustizia penale interna»²⁵².

Proprio per non essere prevista altra forma di tutela, contro il provvedimento di sequestro era, dunque, ammissibile solo l’incidente di esecuzione, pur con tutti i limiti che, sotto il profilo delle garanzie per l’imputato, questo comporta.

5.3. Le rogatorie dall’estero nella disciplina vigente

Il d.lgs. n. 149/2017 ha profondamente modificato la disciplina interna in tema di richieste di assistenza giudiziaria promananti da autorità straniere (artt. 723/726-*sexies* c.p.p.).

Nell’ottica della semplificazione dei rapporti tra autorità giudiziarie, il legislatore ha così, per prima cosa, provveduto, mediante la riscrittura dell’art. 723 c.p.p., a ridefinire i poteri del Ministro della giustizia.

Ai sensi dell’art. 723, co. 1, c.p.p., spetta al Ministro provvedere sulla domanda di assistenza giudiziaria di un’autorità straniera, trasmettendola per l’esecuzione all’autorità giudiziaria competente entro trenta giorni dalla ricezione della stessa, sempre che non sussista un pericolo per «la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato»²⁵³.

Il controllo ha natura politica²⁵⁴; l’attribuzione – in capo al Ministro della giustizia – del potere di dare o meno seguito a una domanda di assistenza giudiziaria promanante da altro Stato, risponde a esigenze di economia processuale e ha valenza autonoma rispetto alla successiva verifica giudiziale.

Nei rapporti con gli Stati membri dell’Unione europea, invece, il ministro può disporre, con decreto, di non dare corso all’esecuzione della richiesta nei casi e nei limiti stabiliti dalle convenzioni in vigore tra gli Stati membri dell’Unione europea, ovvero dagli atti adottati dal Consiglio e dal Parlamento dell’Unione

²⁵² *Ibid.*, 2005, p. 111.

²⁵³ Cfr. art. 723, comma 3, c.p.p.

²⁵⁴ M. R. Marchetti, 2005, p. 153; G. De Donato, 2003, p. 376; G. Capaldo, 1991, p. 771.

europea²⁵⁵.

Il Ministro non dà, in ogni caso, seguito, alla rogatoria quando gli atti richiesti – dall'autorità straniera o da quella di uno Stato membro dell'Unione – siano «espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano»²⁵⁶ e «quando vi *siano* fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo, e non *risulti* che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria»²⁵⁷.

In queste ipotesi, il ministro non dà corso alla richiesta solo se risulti “evidente” la contrarietà della stessa ai principi “fondamentali” del nostro ordinamento giuridico, ovvero se gli atti richiesti siano “espressamente” vietati dalla legge.

Il riferimento è ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, nonché a quelli di libertà fondamentali sanciti dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo²⁵⁸; quanto, invece, alla necessità di non dare seguito alla richiesta allorché gli atti oggetto della stessa contrastino con apposita disposizione di legge, giova osservare che è necessario un divieto espresso, non deducibile – in via interpretativa – dal contenuto delle norme.

Il ministro è tenuto infine, come già detto, a rigettare la richiesta quando vi siano fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali, possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo.

La ratio è quella di evitare che il rischio di svolgimento, nello Stato richiedente, di un processo discriminatorio possa risolversi in danno dell'imputato.

Il divieto di dar corso a una domanda di assistenza giudiziaria è però superabile a fronte del consenso dell'imputato; la previsione risponde all'intento di assicurare l'esecuzione della “rogatoria” se diretta all'acquisizione di elementi di prova favorevoli all'imputato, e scongiurare ogni possibile dimidiazione dei diritti di difesa dello stesso.

²⁵⁵ Cfr. art. 723, comma 2, c.p.p.

²⁵⁶ Art. 723, co. 5, c.p.p.

²⁵⁷ Art. 723, co. 5, c.p.p.

²⁵⁸ M. R. Marchetti, 2005, p. 156.

Ai sensi dell'art. 723 co. 5 c.p.p., il consenso deve essere «liberamente espresso»; ciò implica la non indebita coartazione della volontà dell'imputato e la piena consapevolezza dello stesso in ordine alle conseguenze che ne derivano.

Il consenso, ex art. 205-*bis* norme att. c.p.p., non è revocabile, salvo che l'interessato ignorasse circostanze di fatto rilevanti ai fini della sua decisione, o queste si siano successivamente modificate.

Quest'ultima disposizione, però, non chiarisce fino a quando il diritto di revoca possa essere esercitato, né a quale autorità spetti la verifica circa la sussistenza delle condizioni cui la revoca è subordinata²⁵⁹.

Nel caso in cui poi la domanda abbia ad oggetto la citazione di un testimone, di un perito o di un imputato davanti all'autorità giudiziaria straniera, il Ministro non dà corso alla "rogatoria" di un'autorità straniera quando «lo Stato richiedente non *offra* idonea garanzia in ordine all'immunità della persona citata»²⁶⁰.

Il Ministro ha, inoltre, la facoltà – e non l'obbligo – di non dare seguito alla richiesta qualora lo Stato estero non dia idonee garanzie di reciprocità²⁶¹; la valutazione in ordine alla opportunità di dare o meno corso alla domanda di assistenza giudiziaria promanante da altro Stato è rimessa alla discrezionalità dell'autorità politica²⁶².

Nei casi in cui eserciti il potere di cui al presente articolo, il Ministro è tenuto a darne comunicazione alle autorità giudiziarie interessate²⁶³.

Copia della richiesta di assistenza promanante da altra autorità, deve essere trasmessa al Ministro della giustizia dall'autorità giudiziaria italiana senza ritardo, pure nell'ipotesi di inoltro diretto della stessa a norma di convenzioni internazionali in vigore per lo Stato²⁶⁴.

La maggiore novità attiene comunque all'individuazione del nuovo organo competente per l'esecuzione delle richieste.

Il d.lgs. n. 149/2017 provvede, infatti, alla riscrittura dell'art. 724 c.p.p.; la nuova disciplina codicistica non prevede più la competenza funzionale della corte

²⁵⁹ Quanto al primo profilo, è da ritenere che, in presenza dei relativi presupposti, l'imputato possa revocare il consenso precedentemente reso fino alla trasmissione all'autorità straniera della rogatoria espletata; il controllo concernente la verifica delle condizioni cui il diritto di revoca è subordinato è, invece, di competenza dell'autorità giudiziaria. M. R. Marchetti, 2005, p. 157.

²⁶⁰ Cfr. art. 723, co. 6, c.p.p.

²⁶¹ Cfr. art. 723, co. 6, c.p.p.

²⁶² In quest'unico caso, cioè, il ministro della giustizia, pure in mancanza di idonee garanzie di reciprocità, può dar seguito – all'esito di una valutazione discrezionale – alla richiesta di "rogatoria" estera.

²⁶³ Cfr. art. 723, co. 7, c.p.p.

²⁶⁴ Cfr. art. 723, co. 4, c.p.p.

d'appello in ordine alla verifica circa l'insussistenza dei presupposti ostativi all'accoglimento della richiesta (eliminazione della c.d. fase di *exequatur*), ma assegna al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto del luogo nel quale deve compiersi l'attività²⁶⁵ il compito di dar corso alle domande di assistenza giudiziaria.

Si superano così le critiche mosse al previgente assetto normativo sul fatto che le esigenze di collaborazione in tema di acquisizione della prova avrebbero – più propriamente – richiesto le competenze di organi diversi.

L'organo deputato all'esecuzione delle “rogatorie” è, dunque, il procuratore distrettuale, salvo il caso in cui la richiesta abbia ad oggetto acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice per le indagini preliminari ovvero attività che secondo la legge italiana devono essere svolte da quest'ultimo; in tal caso, è il g.i.p. l'organo tenuto a dare corso alla domanda²⁶⁶.

Lo Stato richiesto procede di regola all'espletamento dell'atto “rogato” nelle forme previste dalla propria legislazione.

Al fine peraltro di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio richiesto, si ammette la possibilità che lo Stato richiesto osservi le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente, sempre che dette modalità o formalità non siano in contrasto con l'ordinamento dello Stato “rogato”²⁶⁷.

L'eliminazione della fase di *exequatur*, non esclude la valutazione circa la possibilità di dar corso o meno alla richiesta di assistenza giudiziaria²⁶⁸.

Rispetto al vaglio di competenza del ministro, il pubblico ministero (o, a seconda

²⁶⁵ Cfr. art. 724, comma 1, c.p.p.

²⁶⁶ Nell'ipotesi in cui, poi, l'esecuzione degli atti sia affidata al giudice per le indagini preliminari, in caso di contrasto (tra procuratore distrettuale e g.i.p.), gli atti sono trasmessi alla Corte di cassazione, che decide e trasmette gli atti all'autorità giudiziaria designata, comunicando la decisione al Ministero della giustizia.

Quanto alla individuazione del procuratore competente, l'art. 724 c.p.p. prevede che, quando la domanda di assistenza abbia ad oggetto atti che devono essere eseguiti in più distretti, all'esecuzione provvede il procuratore del luogo nel quale deve compiersi il maggior numero di atti; ove, invece, gli atti da eseguirsi siano di eguale numero, il Procuratore competente è quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa (criterio che, però, non appare dirimente per l'individuazione dell'organo competente).

²⁶⁷ Cfr. art. 725 c.p.p.

Così, ad esempio, se lo Stato richiedente chiede l'adozione di un atto davanti al giudice per le indagini preliminari, sarà quest'ultimo a dover procedere, anche se per il nostro ordinamento organo competente è il pubblico ministero.

È stato poi previsto, con il d.lgs. n. 149/2017, che l'autorità giudiziaria possa autorizzare, con decreto motivato, la presenza al compimento degli atti richiesti di rappresentanti o incaricati dell'autorità richiedente. Quando la richiesta proviene da autorità diverse da quelle di Stati membri dell'Unione europea, l'autorizzazione è comunicata al Ministro della giustizia.

²⁶⁸ Il relativo vaglio compete ora, a seconda dei casi, al pubblico ministero distrettuale o al giudice per le indagini preliminari.

dei casi, il giudice per le indagini preliminari) ha maggiore discrezionalità; a differenza dell'art. 723 co. 5 c.p.p., l'art. 724 co. 7 lett. a c.p.p. non richiede un espresso divieto legislativo, potendo il pm (o il gip) non dar seguito a una richiesta promanante da altro Stato allorché ritenga sussistente un divieto di legge, pure implicito²⁶⁹.

Le due disposizioni non paiono del tutto allineate al parametro della non contrarietà degli atti richiesti ai principi dell'ordinamento giuridico.

Ai sensi dell'art. 723 co. 5 c.p.p., il ministro non dà, infatti, corso alla richiesta solo se risulti “evidente” la contrarietà della stessa ai principi “fondamentali” del nostro ordinamento giuridico; il pubblico ministero²⁷⁰ ha invece, ancora una volta, maggiore discrezionalità, non essendo vincolato al requisito dell'evidenza, e avendo il suo controllo ad oggetto i principi dell'ordinamento, quali derivanti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e dal codice di procedura penale²⁷¹.

Il pm²⁷² non dà del pari corso alla domanda promanante da altro Stato «se il fatto per cui procede l'autorità straniera non è previsto come reato dalla legge italiana»²⁷³.

Il requisito della “doppia punibilità” è volto a evitare l'attivazione dei meccanismi di cooperazione per l'accertamento di fatti privi di disvalore sociale per l'ordinamento nazionale²⁷⁴.

Alla richiesta promanante da altro Stato si deve comunque dar seguito ove l'imputato presti – in maniera esplicita e libera – il proprio consenso all'esecuzione della stessa.

Infine, il pubblico ministero²⁷⁵ non dà corso alla rogatoria «se vi sono fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire sullo svolgimento o sull'esito del processo, e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria»²⁷⁶.

Il consenso dell'imputato, esplicito e reso liberamente, permette comunque di dar

²⁶⁹ C. Valentini, 2003, p. 152.

²⁷⁰ O il giudice per le indagini preliminari.

²⁷¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 50.

²⁷² O il g.i.p.

²⁷³ Cfr. art. 724, co. 7. lett. b c.p.p.

²⁷⁴ G. Capaldo, 1991, p. 783.

²⁷⁵ O il g.i.p.

²⁷⁶ Cfr. art. 724, co. 7. lett. c c.p.p.

seguito alla richiesta di cooperazione²⁷⁷.

5.4. Le nuove modalità di cooperazione probatoria: l'audizione mediante videoconferenza o teleconferenza

Il d.lgs. n. 149/2017 introduce poi nuove modalità di cooperazione probatoria: si allude in particolare all'«audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva» (art. 726-*quinquies* c.p.p.) e alla «teleconferenza» (art. 726-*sexies* c.p.p., istituito non previsto dal lato attivo), che consentono l'acquisizione diretta della prova secondo le regole della *lex fori*.

Il legislatore mostra così una più accentuata sensibilità per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale, codificando forme di collaborazione già sperimentate a livello sovranazionale nel tentativo di adattare le istanze della cooperazione alle mutate esigenze della giustizia penale.

Ai sensi dell'art. 726-*quinquies* c.p.p., lo Stato membro richiedente può domandare, «nei casi previsti dagli accordi internazionali», che l'audizione «dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico o del perito» si svolga mediante videoconferenza o altra forma di collegamento audiovisivo a distanza; lo Stato membro richiesto acconsente a tale audizione se il ricorso alla videoconferenza «non sia contrario ai principi fondamentali del diritto nazionale». L'audizione e la partecipazione a distanza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato è subordinata all'acquisizione del consenso dello stesso.

Le autorità competenti dei due Stati concordano le modalità dell'audizione, nonché le eventuali misure relative alla protezione della persona di cui è richiesto l'esame o la partecipazione a distanza.

L'articolo stabilisce che lo Stato richiesto debba disporre la comparizione dei soggetti di prova secondo le forme previste dalla propria legislazione interna, ma l'audizione è direttamente condotta dall'autorità richiedente secondo il proprio diritto interno, in presenza dell'autorità nazionale che assicura il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

La disciplina appare però, ancora una volta, carente e ambigua sul versante delle

²⁷⁷ È, in ogni caso, possibile disporre la sospensione dell'esecuzione quando da essa può derivare pregiudizio alle indagini o a procedimenti penali in corso. Cfr. art. 724 co. 8 c.p.p.

garanzie partecipative. Si è persa così una preziosa occasione per apprestare una più attenta regolamentazione sul tema delle istanze di partecipazione dell'imputato; aspetto, quest'ultimo, che l'audizione «a distanza», sia pure supportata dalle opportune strumentazioni e dai più specifici accorgimenti procedurali, rischia in qualche misura di pregiudicare.

Sebbene infatti l'articolo preveda che al soggetto da esaminare debbano essere assicurati il diritto all'interprete (peraltro, solo se ritenuto necessario) e la traduzione degli atti nei casi previsti dalla legge, non figura – nel disposto normativo – il diritto a essere affiancato da un difensore, garanzia essenziale invece in alcuni ordinamenti giuridici, specie in relazione a situazioni particolari.

La scelta di rimettere l'effettività dell'assistenza difensiva alle soluzioni operate dal diritto nazionale appare in contrasto con l'obiettivo di «migliorare» la collaborazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati.

Ne consegue il rischio che – a meno che l'autorità giudiziaria del Paese richiesto presente durante l'interrogatorio sia dell'avviso che un principio fondamentale del proprio ordinamento sia stato violato – la persona interrogata in videoconferenza nel corso di un'indagine transnazionale possa essere privata dell'assistenza difensiva anche in casi che nel contesto di procedimenti nazionali ne garantirebbero la presenza secondo il diritto dello Stato richiesto²⁷⁸.

Ai sensi, poi, dell'art. 726-*sexies* c.p.p., si ammette, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione del testimone o del perito mediante teleconferenza²⁷⁹.

L'utilizzo di questa modalità di assunzione della prova orale si apprezza per esigenze di proporzionalità, specie in relazione ai casi in cui sia necessario, ad esempio, acquisire da un testimone una dichiarazione su una questione di *routine*, e appaia dunque del tutto sproporzionato il ricorso ad altri strumenti, quali quelli della videoconferenza e della “rogatoria” tradizionale.

È esclusa – a differenza di quanto disposto per l'audizione tramite videoconferenza – la possibilità di esaminare per telefono l'imputato; esigenze di proporzionalità e celerità non possono, infatti, per nessun motivo, pregiudicare i diritti di difesa e le garanzie partecipative dello stesso.

²⁷⁸ S. Ruggeri, 2015, p. 152 e ss.

²⁷⁹ Istituto non previsto dal lato attivo.

6. Le rogatorie attive

6.1. Le modalità di trasmissione della rogatoria all'estero

Il codice di rito del 1865 disciplinava le modalità di trasmissione della richiesta di rogatoria all'estero; ove, infatti, «occorresse (...) addivenire ad esami di testimoni o ad altri atti d'istruzione col mezzo di autorità giudiziarie estere»²⁸⁰, la domanda era inoltrata, per mezzo del pubblico ministero, al ministro di grazia e giustizia, perché ne promuovesse l'esecuzione, senza – peraltro – la disposizione indicare alcuna particolare modalità attraverso cui promuovere l'esecuzione stessa²⁸¹.

Il codice del 1913 stabiliva, invece, che le rogatorie fossero trasmesse all'estero «per via diplomatica»²⁸².

La norma non prevedeva modalità differenti di inoltro all'estero della domanda; tuttavia, data la prevalenza, ai sensi dell'allora art. 635, delle convenzioni e degli usi internazionali in materia, era fatta salva la possibilità, se prevista da accordi specifici, di modi alternativi di trasmissione.

Anzi, proprio per evitare i ritardi scaturenti dal sistema dell'inoltro per via diplomatica, veniva più tardi concretata un'intesa tra il ministero degli Affari Esteri e il ministero della Giustizia, a seguito della quale era diramata la circolare del 31 maggio 1922²⁸³.

Se ne riporta la parte più significativa: «a titolo di esperimento, e ferme rimanendo, le disposizioni delle convenzioni internazionali le quali ammettono lo scambio diretto della corrispondenza fra le autorità giudiziarie degli Stati contraenti, le autorità giudiziarie del Regno sono autorizzate, nei casi urgenti, ad inviare direttamente ai regi agenti diplomatici all'estero le richieste di (...) esecuzione di rogatorie da eseguire nel paese, in cui i regi agenti sono accreditati». L'esperimento, col passare degli anni, è giudicato positivo, tanto che l'art. 657 del

²⁸⁰ Cfr. art. 853, co. 1, c.p.p. 1865: «Quando occorra nei procedimenti penali di addivenire ad esami di testimoni o ad altri atti d'istruzione col mezzo di autorità giudiziarie estere, (...) l'istruttore ne informerà la corte (sezione di accusa) da cui dipende, la quale, ove sia d'uopo, ne farà la domanda nelle consuete forme, e la dirigerà per mezzo del pubblico ministero, (...) al ministro di grazia e giustizia, acciò ne promuova l'esecuzione».

²⁸¹ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 8.

²⁸² Cfr. art. 636 c.p.p. 1913.

²⁸³ F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 9.

codice di procedura penale del 1930, ammetteva «nei casi urgenti»²⁸⁴, in aggiunta al tradizionale sistema di trasmissione delle rogatorie («per via diplomatica»), la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di inoltrare la domanda direttamente ai regi agenti diplomatici o consolari all'estero, avvertendone per via gerarchica il ministero della giustizia²⁸⁵.

L'art. 727 dell'attuale codice di procedura penale – come modificato dal d.lgs. n. 149/2017 – disciplina le modalità di inoltro della richiesta di “rogatoria” a un'autorità straniera.

Nel regolamentare da ultimo la materia, il legislatore mostra una più accentuata sensibilità per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale, e un *favor* per schemi di acquisizione della prova all'estero tesi a sopperire alle inadeguatezze strutturali e funzionali della “rogatoria”.

Ricevuta la richiesta di “rogatoria” dall'autorità giudiziaria²⁸⁶, il ministro della giustizia è tenuto a trasmettere la domanda all'autorità estera, a meno che non ritenga che, con l'esecuzione della “rogatoria” all'estero, possano essere compromessi «la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato».

Nel tentativo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie, il d.lgs. n. 149/2017 ridimensiona il ruolo dell'autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale tra Stati membri, ammettendo l'intervento del ministro solo ove questo sia previsto dalle convenzioni in vigore fra gli Stati membri dell'UE o dalle disposizioni del diritto dell'Unione²⁸⁷.

²⁸⁴ Cfr. art. 657 c.p.p. 1930.

²⁸⁵ Si osserva in proposito che anche nei casi urgenti va rispettato il sistema di inoltro per via diplomatica, solo che, in tali ipotesi, la trasmissione delle rogatorie avviene direttamente tra l'autorità giudiziaria e i regi agenti diplomatici o consolari all'estero, sì da evitare la «lunga catena ordinaria». F. Mosconi e M. Pisani, 1984, p. 9.

Fuori da detti casi, la rogatoria è trasmessa per via diplomatica.

L'autorità giudiziaria provvede, infatti, ad inoltrare la domanda al procuratore generale presso la corte d'appello, che la fa pervenire al Ministro della giustizia col suo parere circa l'utilità e l'opportunità di darvi corso. Se il Ministro ritiene di non dover dar corso alla domanda, ne informa senza ritardo il procuratore generale, che ne dà immediato avviso all'autorità richiedente.

Ciò è, il più delle volte, causa di notevoli ritardi; ecco perché è disposto che, nei casi urgenti, l'autorità giudiziaria possa trasmettere la richiesta direttamente ai regi agenti diplomatici o consolari all'estero. È la stessa autorità giudiziaria a valutare l'urgenza che giustifica l'inoltro diretto della domanda ai regi agenti diplomatici o consolari all'estero. L'autorità giudiziaria è tuttavia, in tali casi, tenuta ad avvertire, per via gerarchica, il ministro della giustizia.

²⁸⁶ Il legislatore del 1988 nel disciplinare la materia ha il filtro del procuratore generale della corte d'appello. Così, ricevuta la richiesta di rogatoria dall'autorità giudiziaria, il ministro della giustizia trasmette la domanda all'autorità straniera per via diplomatica senza più il tramite del procuratore generale, il cui intervento, sebbene originariamente pensato in funzione di controllo (per evitare l'inoltro di richieste inutili o inopportune), aveva finito con l'appesantire i tempi di trasmissione della rogatoria alle autorità estere.

²⁸⁷ Il ministro può disporre con decreto che non si dia corso all'inoltro della richiesta di assistenza giudiziaria nei casi e nei limiti stabiliti dalle convenzioni e dagli atti indicati.

Nei rapporti di assistenza giudiziaria con Stati diversi da quelli membri, il d.lgs. n. 149/2017 prevede pure, se ammessa da apposito accordo internazionale, la trasmissione diretta delle richieste in luogo del tradizionale regime di inoltro delle “rogatorie”, al fine di rendere più rapida la cooperazione.

Anche in questo caso, l’eliminazione del ruolo dell’autorità governativa nelle procedure di mutua assistenza penale ha lo scopo di agevolare l’instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie, senza il filtro dell’autorità governativa.

Il comma 5 dell’art. 727 c.p.p. ammette, infine, la possibilità per l’autorità giudiziaria, nei casi urgenti, di trasmettere la rogatoria a norma del comma 4, dopo che copia di essa sia stata ricevuta dal ministro della giustizia.

Resta ferma, in queste ipotesi, la facoltà ministeriale di esercizio del potere di blocco fino al momento della trasmissione della rogatoria, da parte dell’agente diplomatico o consolare, all’autorità straniera.

6.2. I soggetti legittimati alla richiesta

Ai sensi dell’art. 727 c.p.p., le autorità giudiziarie dello Stato possono avanzare ad autorità straniere domande di collaborazione per l’attività di acquisizione probatoria all’estero.

Tra i soggetti legittimati a formulare la richiesta di “rogatoria” all’estero, oltre al pubblico ministero e ai giudici per le indagini preliminari, dell’udienza preliminare e del dibattimento, anche quello dell’esecuzione, posto che a lui competono «ampi poteri ricostruttivi nel merito quanto meno al fine di accertare l’identità del disegno criminoso ex art. 81 c.p.»²⁸⁸.

Parte della dottrina ritiene possibile annoverare, tra i soggetti legittimati alla richiesta, anche gli organi della giurisdizione di sorveglianza, almeno ai fini dell’acquisizione di quei documenti necessari per una valutazione in ordine alla situazione globale del detenuto, in vista, ad esempio, della concessione di benefici.

Si pensi al caso in cui la pena sia eseguita nel nostro Stato a seguito del trasferimento del condannato da altro Stato: qui è evidente come sia necessario acquisire, per effettuare la valutazione di cui sopra, la relativa documentazione, se

²⁸⁸ M. R. Marchetti, 2005, p. 121.

incompleta o non trasmessa al momento del trasferimento²⁸⁹.

Si discute, invece, in merito alla legittimazione del giudice competente per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali a richiedere – mediante “rogatoria” – l'esecuzione all'estero di un decreto di sequestro o di confisca²⁹⁰.

Sul punto, la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990, sembra escludere il giudice del procedimento di prevenzione patrimoniale dal novero dei soggetti legittimati alla richiesta.

Nel dare la definizione di confisca, intesa quale «sanzione o misura, ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di una procedura per uno o più reati», l'art. 1 lett. *d* della Convenzione, infatti, pare alludere a quei provvedimenti adottati solo a seguito del positivo accertamento della responsabilità penale dell'autore del fatto²⁹¹.

Ai sensi della Convenzione, dunque, non sembrerebbe data, all'autorità richiesta, la possibilità di eseguire la misura di prevenzione patrimoniale promanante dalle autorità giudiziarie di altro Stato in assenza del previo accertamento della responsabilità penale dell'autore del fatto²⁹².

Non è mancato, tuttavia, chi ha sostenuto la legittimazione del giudice competente per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali a richiedere – mediante “rogatoria” – l'esecuzione all'estero di un decreto di sequestro o di confisca, posto che l'art. 14 paragrafo 2 della Convenzione espressamente prevede la vincolatività per lo Stato richiesto degli accertamenti di fatto contenuti non soltanto «in una sentenza di condanna *ma anche* in una decisione giudiziaria della Parte richiedente»²⁹³.

La tesi prevalente è però nel senso di escludere dai soggetti legittimati alla richiesta il giudice del procedimento di prevenzione patrimoniale.

All'autorità richiesta è, infatti, preclusa la possibilità di eseguire la misura di

²⁸⁹ *Ibid.*, 2005, p. 121.

²⁹⁰ G. Melillo, 2003, p. 311.

²⁹¹ *Ibid.*, 2003, p. 311.

²⁹² Non si dimentichi, a tal proposito, che nell'ordinamento giuridico italiano è ben possibile disporre l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale a prescindere dall'accertamento giudiziale circa la responsabilità penale dell'autore del fatto.

Le misure di prevenzione sono, infatti, misure specialpreventive, considerate tradizionalmente di natura formalmente amministrativa, volte ad evitare la commissione di reati da parte di soggetti considerati socialmente pericolosi. Le misure di prevenzione si applicano, allora, a quei soggetti socialmente pericolosi indipendentemente dall'aver questi commesso un precedente fatto di reato, onde la denominazione di misure *ante o praeter delictum*.

²⁹³ G. Melillo, 2003, p. 312.

prevenzione patrimoniale promanante dalle autorità giudiziarie di altro Stato in mancanza dell'accertamento (da parte dell'autorità richiedente) della responsabilità penale dell'autore del fatto e del nesso causale sussistente tra reati e proventi da assoggettare a sequestro e a confisca²⁹⁴.

L'ultima questione problematica concerne la legittimazione del procuratore nazionale antimafia a richiedere lo svolgimento all'estero di indagini finalizzate alla ricerca di beni che possono formare oggetto di un'eventuale richiesta di sequestro e di confisca²⁹⁵.

Considerato che tra i compiti del procuratore nazionale antimafia vi è quello relativo alla acquisizione di informazioni utili alla ricostruzione di accumulazioni patrimoniali e relazioni finanziarie potenzialmente rivelatrici di illeciti penali (art. 371-*bis* co. 3 lett. *c* c.p.p.), nulla esclude che detta attività di raccolta e di elaborazione dei dati, finalizzata al contrasto dei fenomeni criminali, possa svolgersi, oltre che per il tramite del meccanismo delle informazioni spontanee²⁹⁶, anche attraverso una richiesta di assistenza, che determina²⁹⁷ l'insorgere di un obbligo giuridico di attivazione dello Stato interessato²⁹⁸.

6.3. I soggetti esclusi. L'attuazione del diritto di difesa e le indagini difensive all'estero

Tra i soggetti legittimati ad avanzare una richiesta di rogatoria all'estero non

²⁹⁴ M. R. Marchetti, 2005, p. 123.

²⁹⁵ G. Melillo, 2003, p. 314.

²⁹⁶ A tal proposito si ricorda come all'interno dell'Unione europea la direzione nazionale antimafia faccia parte della Rete dei punti di contatto, istituita a seguito del Piano d'azione contro la criminalità organizzata del 1997. M. R. Marchetti, 2005, p. 124.

²⁹⁷ A differenza del meccanismo delle informazioni spontanee.

²⁹⁸ G. Melillo, 2003, p. 316.

Giova, però, evidenziare che non tutta la dottrina sul punto è concorde.

Si osserva infatti che l'attività rogatoria è in stretta correlazione con il procedimento, nel senso che è necessario che questo sussista per potersi avere una richiesta di assistenza.

E, avuto riguardo alle funzioni del procuratore nazionale antimafia (a cui spetta, perlopiù, il compito di acquisire ed elaborare notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata), non sembra possibile, almeno allo stato attuale, annoverare il procuratore nazionale antimafia tra i soggetti legittimati ad avanzare richieste di cooperazione.

M. R. Marchetti, 2005, p. 124.

Le attività di raccolta ed elaborazione di dati, notizie e informazioni attinenti alla criminalità organizzata si svolgono, di norma, in relazione a materie conoscitive prive del grado di specificità necessario alla formazione di una vera e propria notizia di reato e sono, di regola, preliminari all'instaurazione di procedimenti penali. Sul punto, G. Melillo, 2003, p. 316; M. R. Marchetti, 2005, p. 125.

figurano imputato e difensore.

Si consideri infatti, come giustamente affermato dalla Suprema Corte, che l'istituto della rogatoria all'estero si presenta come una richiesta intercorrente tra autorità straniere.

Le domande di assistenza possono essere formulate dall'autorità giudiziaria, con un'attribuzione di legittimazione esclusiva.

Nessun'altra disposizione del codice menziona la possibilità che l'istanza di cooperazione «possa provenire da un qualunque cittadino che non sia identificabile, ai sensi dell'ordinamento interno dello Stato assistito, come autorità competente ad attivarsi sul piano dei rapporti interstatuali e nel contesto del procedimento penale»²⁹⁹.

La prevalente giurisprudenza esclude, inoltre, la facoltà del difensore di compiere indagini difensive all'estero, con evidenti ricadute negative sotto il profilo dell'acquisizione di elementi favorevoli all'imputato.

Il difensore ha, al più, la possibilità di formulare una istanza al pubblico ministero o al giudice, affinché attivino la procedura della rogatoria internazionale.

L'esito cui perviene detta giurisprudenza cozza, però, con le finalità sottese alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, che – come è noto – garantisce al difensore ampi poteri d'indagine, e dunque la facoltà (sebbene non espressamente prevista) di svolgere investigazioni difensive anche all'estero per ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito.

Le ragioni tradizionalmente addotte dalla giurisprudenza a sostegno dell'idea secondo cui il difensore non sarebbe legittimato a compiere indagini difensive all'estero sono essenzialmente due.

La prima risiede nel silenzio serbato dalla legge circa la possibilità di svolgere indagini difensive all'estero; la seconda ragione addotta a sostegno dell'impossibilità per il difensore di compiere investigazioni all'estero, discenderebbe dai principi generali del codice, alla stregua dei quali occorrerebbe, per la raccolta di prove all'estero, la formulazione di apposita richiesta di "rogatoria". Non essendo prevista la possibilità per il difensore di avanzare domanda di "rogatoria" all'estero, questi avrebbe l'obbligo di "passare" attraverso la richiesta del pubblico ministero o del giudice.

Le due argomentazioni non sono, però, condivisibili.

²⁹⁹ D. Curtotti Nappi, 2008, p. 987 e ss.

La dottrina ha, infatti, osservato come il silenzio serbato sul punto dalla legge non sia necessariamente indicativo del fatto di escludere la possibilità di svolgere investigazioni difensive all'estero.

Ancora, il disposto di cui al co. 1 dell'art. 327 *bis*, c.p.p., che enuncia – con riferimento agli atti d'indagine del difensore – il principio di tipicità, prescrivendo il compimento di tali atti nelle forme e per le finalità previste dal titolo VI *bis* (libro V) del codice di rito, non pare essere disatteso dalla possibilità, riconosciuta al difensore, di espletare atti d'indagine all'estero.

Si osservi, infatti, come la facoltà di svolgere indagini difensive all'estero concreti, più che un atto d'indagine atipico, una modalità diversa di svolgimento dell'atto stesso che, anziché avere luogo nel territorio italiano, si realizza all'estero³⁰⁰.

Il giudice, allora, in dette ipotesi, sarà tenuto alla sola verifica circa il rispetto – da parte del difensore – delle modalità di svolgimento che la legge richiede per il compimento dell'atto, senza che il diverso luogo di assunzione della prova possa determinare di fatto l'inutilizzabilità della stessa.

In ogni caso, affermare che il difensore possa ottenere prove all'estero a favore del proprio assistito solo previo inoltro – da parte del giudice o del pubblico ministero – di una richiesta di “rogatoria” significa alterare l'equilibrio processuale tra le parti, in danno dei diritti di difesa dell'accusato.

Nessuna disposizione impone, infatti, al pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari, l'obbligo di inoltrare una richiesta di “rogatoria” all'estero per l'assunzione di elementi probatori favorevoli alla difesa.

La decisione del pubblico ministero è, pertanto, puramente discrezionale, sebbene l'art. 358 c.p.p. imponga all'organo inquirente di condurre accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli alla difesa.

Inoltre, un'intermediazione necessaria del pubblico ministero, quale unica risorsa processuale per l'acquisizione all'estero di un elemento favorevole alla difesa, produce ricadute negative sugli equilibri delle indagini e sulla libertà di gestione delle investigazioni difensive³⁰¹.

Una soluzione alternativa per evitare la mediazione necessaria del pubblico ministero, potrebbe essere costituita dalla nomina di un difensore nello Stato

³⁰⁰ Questa, a ben vedere, non è una forma di richiesta ma un'attività investigativa direttamente svolta all'estero (il che presuppone che a ciò non osti la *lex fori*).

³⁰¹ D. Curtotti Nappi, 2008, p. 987 e ss.

straniero per il compimento dell'attività difensiva necessaria, ma tale ipotesi, oltre a risolversi in un aggravio dei costi processuali in danno dell'imputato, determina problemi in punto di utilizzabilità del materiale probatorio estero, specie se assunto con modalità e forme differenti da quelle previste dal codice di rito.

Stando così le cose, l'unica soluzione possibile per evitare un eccessivo sbilanciamento tra i poteri dell'accusa e quelli della difesa, sembra quella di riconoscere al difensore il potere di svolgere indagini all'estero con il medesimo regime di utilizzabilità di quelle effettuate in Italia.

D'altra parte, la possibilità di compiere investigazioni difensive all'estero pare assicurata, almeno all'interno dell'Unione europea, dove da anni si assiste al riconoscimento della libertà di circolazione e di prestazione dei servizi professionali.

6.4. L'utilizzabilità degli atti rogati

Il d.lgs. n. 149/2017 ha profondamente innovato il previgente assetto normativo in tema di utilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante "rogatoria", come modificato dalla legge n. 367/2001 di ratifica ed esecuzione dell'accordo italo-svizzero.

In spregio all'intento di rendere più agevole e spedita la cooperazione penale tra Stati contraenti, la legge del 2001 aveva infatti inciso in maniera significativa sul regime di utilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria, prevedendo la sanzione dell'inutilizzabilità per tutta una serie di ipotesi tipizzate nel previgente art. 729³⁰² e modificando, in tal modo, il precedente assetto normativo, improntato al c.d. *favor rogatoriae*³⁰³.

³⁰² Art. sostituito dalla l. n. 367/2001.

³⁰³ Anteriormente alla l. n. 367/2001, infatti, i verbali degli atti assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale entravano a far parte, per effetto delle modifiche apportate al codice di procedura penale dall'art. 6, co. 4, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, del fascicolo per il dibattimento, e risultavano suscettibili di acquisizione al giudizio *ex art.* 511 c.p.p.

Tuttavia, il rischio che anche atti – di regola destinati al fascicolo del pubblico ministero – finissero per confluire nel fascicolo per il dibattimento solo perché compiuti all'estero, nonché il pericolo di attribuire efficacia di piena prova a elementi raccolti con modalità non rispettose del contraddittorio, avevano giustificato un'ulteriore modifica dell'art. 431 c.p.p.; in particolare, solo i verbali degli atti assunti all'estero mediante rogatoria, rispetto ai quali «i difensori *fossero* stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana», e i verbali degli atti irripetibili acquisiti a seguito di rogatoria internazionale, transitavano nel fascicolo per il dibattimento.

Malgrado dunque gli intenti della riforma di rendere più agevoli i rapporti di collaborazione tra le autorità giudiziarie dei due paesi, la legge n. 367/2001 aveva finito col dettare regole processuali improntate a un regime di tendenziale inutilizzabilità della prova rogata, atto a vanificare unilateralmente – senza un’interpretazione che rendesse le novità di legge compatibili con gli scopi della cooperazione penale tra Stati³⁰⁴ – l’impegno profuso da altro Stato in sede di esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria promanante dall’autorità italiana.

Oltre al tradizionale motivo di inutilizzabilità dato – ex art. 729 c.p.p. – dall’inosservanza delle condizioni eventualmente poste dallo Stato estero circa l’utilizzabilità degli atti richiesti³⁰⁵, la l. n. 367/2001 elevava a cause di inutilizzabilità della prova rogata ulteriori violazioni.

Pare arduo, ancora oggi, sostenere che dette ipotesi di inutilizzabilità siano state introdotte a garanzia del principio del contraddittorio nella fase di formazione della prova, posto che la disciplina del fascicolo dibattimentale assicura già la necessità del previo rispetto dei diritti di difesa dell’imputato in sede di acquisizione probatoria all’estero.

Ad ogni modo, la prima ipotesi di inutilizzabilità – introdotta dalla legge n. 367/2001 – era data dalla «violazione delle norme di cui all’art. 696, comma 1, c.p.p. riguardanti l’acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all’estero»³⁰⁶.

La norma sanzionava con l’inutilizzabilità, per il tramite del rinvio al co. 1 dell’art. 696 c.p.p., qualsiasi violazione delle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, nonché l’inosservanza di altre disposizioni internazionali, pattizie o consuetudinarie, «riguardanti l’acquisizione o la trasmissione di documenti o mezzi di prova a seguito di rogatoria all’estero».

I dubbi sul fatto che la regola dell’inutilizzabilità quale conseguenza di qualsiasi violazione dell’art. 696 co. 1, riguardante l’acquisizione o la trasmissione di

In capo al giudice dello Stato assistito residuava, in ogni caso, il potere di verificare che l’atto irripetibile compiuto all’estero fosse stato assunto con modalità rispettose del contraddittorio. Ne conseguiva, pertanto, l’impossibilità di utilizzare come prove gli atti eseguiti all’estero – pure se irripetibili – senza il rispetto delle garanzie difensive minime.

³⁰⁴ F. Nuzzo, 2003, p. 756 e ss.

³⁰⁵ Previsione, ad es. – da parte dello Stato rogato – del divieto di utilizzare le risultanze probatorie straniere per l’accertamento di fatti diversi da quelli evidenziati nella richiesta di assistenza giudiziaria. La norma, nella sua formulazione originaria, sanzionava con l’inutilizzabilità il solo mancato rispetto, da parte delle autorità nazionali, delle condizioni eventualmente poste dallo Stato estero per l’utilizzabilità della prova rogata. A. Scella, 2003, p. 353.

³⁰⁶ Cfr. previgente art. 729, co. 1, (primo periodo), c.p.p.

documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero, fosse contraria agli scopi di semplificazione dei rapporti di cooperazione tra Stati avuti di mira dal legislatore del 2001, non tardarono a manifestarsi; all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 367/2001, il Tribunale di Roma, con ordinanza 7 novembre 2001, solleva, in riferimento agli articoli 3, 10 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 729 c.p.p., come modificato dall'articolo 13 della legge 5 ottobre 2001, n. 367.

La questione di legittimità costituzionale origina nel corso di un procedimento penale relativo ad un'imputazione di traffico e ricettazione di reperti archeologici, fondata su documenti trasmessi, da un'autorità all'altra, in copia priva di certificazione di autenticità, alla luce di una consolidata prassi applicativa legittimante la deroga all'art. 3 paragrafo 3³⁰⁷ della Convenzione di Strasburgo e il ricorso a una procedura semplificata di trasmissione della rogatoria.

Tenuto conto, però, nel giudizio *a quo* della rilevanza della nuova disciplina in tema di utilizzabilità degli atti acquisiti³⁰⁸ mediante rogatoria internazionale, e della disposizione transitoria³⁰⁹ che estende le nuove regole anche agli atti già acquisiti al dibattimento, il giudice rimettente ritiene inutilizzabili i documenti trasmessi dallo Stato richiesto senza la specifica certificazione di autenticità.

In forza, infatti, del rinvio operato dall'art. 696, co. 1, c.p.p., come modificato dall'art. 9 della legge n. 367 del 2001, alla Convenzione di Strasburgo del 1969, l'inosservanza delle formalità ivi prescritte (art. 3, paragrafo 3, della Convenzione) determina l'inutilizzabilità, ex art. 729 co. 1 c.p.p., del materiale probatorio raccolto all'estero³¹⁰.

Il giudice rimettente solleva, pertanto, questione di legittimità costituzionale, non

³⁰⁷ Che impone date formalità nella procedura di trasmissione della rogatoria.

³⁰⁸ Cfr., l. 5 ottobre 2001, n. 367 di «ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatto a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale».

³⁰⁹ Art. 18 della l. n. 367/2001.

³¹⁰ Il ragionamento che porta il giudice alla comminatoria dell'inutilizzabilità è il seguente: - l'art. 729 c.p.p. sanzionerebbe con l'inutilizzabilità ogni violazione delle norme di cui all'art. 696 co. 1 riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero; - nel caso di specie, in ossequio a una prassi applicativa invalsa tra gli Stati, che legittima la deroga all'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione di Strasburgo e il ricorso a una procedura semplificata di trasmissione della rogatoria, le prove assunte all'estero sono state trasmesse all'autorità rogata senza la specifica certificazione di autenticità, contrariamente a quanto previsto dall'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione; - conseguentemente, inutilizzabilità dei documenti privi della certificazione di autenticità, ex art. 729 c.p.p. (violazione dell'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione; inosservanza delle formalità prescritte dalla Convenzione di Strasburgo espressamente richiamata dall'art. 696 co. 1 c.p.p.).

essendo, a suo avviso, la legge in esame conforme al canone generale di ragionevolezza, nella parte in cui vieta l'utilizzabilità di documenti trasmessi dallo Stato richiesto senza la specifica certificazione di autenticità.

Inoltre, la legge n. 367/2001 non terrebbe conto della prassi applicativa invalsa tra gli Stati, che legittima la deroga all'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione di Strasburgo e il ricorso a una procedura semplificata di trasmissione della rogatoria.

La legge di riforma violerebbe, poi, il principio della ragionevole durata del processo.

Con ordinanza 4 luglio 2002, n. 315, la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione, non avendo il giudice *a quo* verificato, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, «se potessero adottarsi differenti interpretazioni delle norme censurate, già emerse nella giurisprudenza di merito, le quali fossero in grado di risolvere la proposta questione interpretativa»³¹¹.

L'intento perseguito era dunque quello di valorizzare un'interpretazione delle norme in esame conforme agli scopi della cooperazione internazionale tra Stati³¹²; alla stregua di dette considerazioni, pertanto, dovevano essere rigettate tutte le letture mosse da «esasperato rigore formale»³¹³, come quelle che ad es. prevedessero, ex art. 729 c.p.p., in combinato disposto con l'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione di Strasburgo, l'inutilizzabilità del materiale probatorio «per mancanza di timbri»³¹⁴.

Secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale, non sarebbe allora bastata – ai fini della declaratoria di inutilizzabilità – la mera difformità delle modalità di acquisizione o di trasmissione delle prove assunte all'estero mediante rogatoria rispetto a quelle previste da convenzioni internazionali, dovendosi piuttosto

³¹¹ Cfr. Corte Cost., ord. 4 luglio 2002, n. 315.

³¹² M. Chiavario, 2002, p. 7; A. Anzon, 2002, p. 19 e ss.; P. Laszloczky, 2002, p. 160 e ss.

³¹³ Cfr. Corte Cost., ord. 4 luglio 2002, n. 315.

³¹⁴ Invero, alla stregua di un'interpretazione mossa da eccessivo rigore formale, si è sostenuto che la previsione di una certificazione di conformità imposta dall'art. 3 paragrafo 3 della Convenzione, consistesse, appunto, nell'imposizione agli organi competenti di una minuziosa opera di apposizione di timbri su ciascun foglio inviato alle autorità dello Stato richiedente. Al contrario, in ossequio a un'interpretazione maggiormente rispettosa degli scopi della cooperazione, è possibile ritenere che l'obbligo di autenticazione sia assolto pure mediante modalità di trasmissione in blocco, delle quali lo Stato richiesto si assuma la responsabilità. Il problema è, allora, solo quello di garantire l'autenticità della cooperazione contro ogni pericolo di alterazione.

V. Casamassima, 2002, p. 92 e ss.

valutare, alla stregua dell'art. 31, paragrafo 3, lett. *b*³¹⁵, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), l'esistenza o meno di una prassi applicativa modificatrice³¹⁶.

La presenza di una prassi applicativa legittimante il ricorso a modalità differenti di acquisizione e trasmissione della prova rogata, giustificava pertanto la deroga al dato normativo convenzionale.

La sanzione dell'inutilizzabilità³¹⁷ si applicava poi anche quando lo Stato estero avesse dato esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria italiana, ai sensi dell'art. 727, co. 5-*bis* c.p.p.

L'aspetto più preoccupante della previsione era dato dalla declaratoria di inutilizzabilità per ogni ipotesi di esecuzione all'estero della richiesta difforme dalle modalità indicate dall'autorità italiana; si finiva, così, col sanzionare con l'inutilizzabilità qualsiasi deviazione dallo schema proposto.

Il rischio era, cioè, quello di elevare a cause di inutilizzabilità violazioni che, per il nostro ordinamento, rilevavano al più quali ipotesi di nullità, con la conseguenza di sottrarle al regime della sanatoria, nonché di privare le parti e il giudice del potere, rispettivamente e a seconda dei casi, di eccepire e di rilevare d'ufficio la nullità in ogni stato e grado del procedimento, anche per la prima volta in Cassazione³¹⁸.

Si rendeva già allora preferibile, conformemente agli scopi della cooperazione, un'esegesi correttiva, atta ad evitare un'eccessiva applicazione dell'ambito operativo della sanzione³¹⁹.

L'ultima causa di inutilizzabilità, introdotta dalla legge n. 367/2001, atteneva al divieto di uso probatorio di qualsiasi dichiarazione avente ad oggetto il contenuto degli atti inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1-*bis* c.p.p. (art. 729 co. 1-*ter* c.p.p.). Per rendere più agevole e spedita la cooperazione penale tra Stati, si è reso pertanto necessario un intervento del legislatore.

³¹⁵ L'art. 31 paragrafo 3 lett. *b* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati afferma che, nell'interpretazione della normativa pattizia, «si terrà conto (...) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato».

³¹⁶ «Resta naturalmente il fatto che, se la convenzione applicabile prevede la trasmissione per via diplomatica o attraverso autorità centrali e non vi sia alcuna prassi modificatrice, l'eventuale trasmissione diretta determina l'inutilizzabilità degli atti rogati». Così, M. R. Marchetti, 2005, p. 145. Sul punto, v. anche A. Scella, 2003, p. 361.

³¹⁷ Ex art. 729 co. 1-*bis* c.p.p.

³¹⁸ A. Scella, 2003, p. 365.

³¹⁹ Si riferiva, dunque, l'inutilizzabilità alle sole ipotesi di cui all'art. 191 c.p.p. e, quindi, alle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Il d.lgs. n. 149/2017 ha così riscritto l'art. 729 c.p.p.

A norma dell'art. 729 c.p.p. – comma 2 –, se «lo Stato estero dà esecuzione alla richiesta di assistenza con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria *italiana*, gli atti compiuti sono inutilizzabili solo nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge».

La legge è adesso chiara nel non sanzionare con l'inutilizzabilità ogni ipotesi di esecuzione all'estero della richiesta difforme dalle modalità indicate dall'autorità italiana.

La nuova disposizione scongiura così i rischi paventati in dottrina derivanti da una applicazione indiscriminata della sanzione dell'inutilizzabilità per ogni deviazione dallo schema proposto.

Ai sensi dell'art. 729 c.p.p., «non possono, *infine*, essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto di atti inutilizzabili³²⁰»; il vizio può essere fatto valere in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 191, comma 2, c.p.p. (art. 729, comma 4, c.p.p.).

Devono dunque ritenersi inutilizzabili le prove la cui acquisizione avrebbe l'effetto di determinare l'elusione dei divieti posti dall'art. 729 c.p.p.; basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, a come la norma secondo cui non sono utilizzabili gli esiti di intercettazioni illegittime (art. 271, co. 1 c.p.p.), sarebbe aggirata se fosse possibile testimoniare sul contenuto degli atti intercettati³²¹.

Appare però necessaria, conformemente allo scopo di rendere più agevole la cooperazione tra Stati, una esegesi della disposizione atta a circoscrivere l'ambito di operatività della sanzione.

È, dunque, ragionevole ammettere che il divieto si riferisca solo agli enunciati narrativi che vertono sul contenuto degli atti inutilizzabili, ferma restando, quindi, l'ammissibilità di dichiarazioni relative ai temi esplorati nel corso della precedente attività probatoria³²².

³²⁰ Cfr. art. 729 co. 3 c.p.p.

³²¹ A. Scella, 2003, p. 368.

³²² A. Scella, 2003, p. 369.

7. Il principio del mutuo riconoscimento

Il d.lgs. n. 149/2017, in attuazione della legge delega n. 149/2016, introduce, all'interno del libro XI del codice di procedura penale, il titolo I-*bis*, dedicato specificamente ai principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti tra Stati membri dell'Unione europea.

L'obiettivo è quello di affidare le sorti della cooperazione penale al principio del mutuo riconoscimento, nel tentativo di agevolare la raccolta di elementi di prova in un contesto transfrontaliero e di promuoverne l'ammissibilità davanti al giudice³²³.

In particolare, l'art. 696-*bis* c.p.p. prevede che le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri siano riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato italiano e, del pari, la possibilità per l'autorità giudiziaria italiana di richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l'esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni.

La disciplina interna attua dunque la decisione, assunta in occasione del Consiglio europeo di Tampere, di porre il principio del mutuo riconoscimento a fondamento della cooperazione giudiziaria, per la sua capacità di assicurare l'efficienza del sistema e di adeguare le istanze della cooperazione alle mutate esigenze.

In questa cornice – fatti salvi i diritti fondamentali della persona, la cui possibile violazione osta al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti (art. 696-*ter* c.p.p.) – si prevede che le decisioni siano trasmesse direttamente tra le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri (art. 696-*quater* c.p.p.), con la conseguente riduzione dei tempi di esecuzione della richiesta, nel tentativo dunque di fornire una risposta a quello che da sempre viene considerato come uno dei principali fattori di ostacolo per la cooperazione giudiziaria.

La disciplina codicistica impone, poi, all'autorità giudiziaria italiana di riconoscere ed eseguire le decisioni e i provvedimenti giudiziari degli altri Stati membri senza, di regola, sindacarne il merito, in un clima di fiducia reciproca tra gli Stati reputato necessario per favorire il pieno riconoscimento dei provvedimenti giudiziari nel territorio dell'Unione europea.

Al Ministro della Giustizia spetta infine, nei casi e nei modi previsti dalla legge, il

³²³ L. Camaldo e F. Cerqua, 2014, p. 3511.

compito di garantire l'osservanza delle condizioni eventualmente poste in casi particolari dall'autorità giudiziaria dello Stato membro per dare esecuzione alle decisioni giudiziarie di cui è stato chiesto il riconoscimento, sempre che dette condizioni non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, e di verificare l'osservanza delle condizioni eventualmente poste dall'autorità giudiziaria italiana per l'esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti nel territorio di altro Stato membro (art. 696-sexies c.p.p.).

8. L'attuazione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale

Con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, l'Italia ha attuato la direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (di seguito: OEI).

L'ordine europeo d'indagine si sostanzia in una decisione giudiziaria emessa da un'autorità competente di uno Stato membro – “Stato di emissione” – ed immediatamente eseguita, fatta salva la possibilità di invocare motivi di rinvio o di rifiuto tassativamente elencati, da un'autorità competente di un diverso Stato membro – “Stato di esecuzione” –.

La trasmissione ha luogo direttamente tra le autorità giudiziarie competenti senza il vaglio del ministro della giustizia; l'eliminazione del ruolo dell'autorità governativa ha lo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie coinvolte.

La direttiva impone, inoltre, tempi di esecuzione brevi dovendo, la decisione sul riconoscimento, essere adottata «il più rapidamente possibile e comunque (..) entro trenta giorni dalla ricezione dell'ordine investigativo europeo» e, l'atto richiesto, essere compiuto senza ritardo (non oltre 90 giorni dalla decisione sul riconoscimento dell'ordine). È fatta salva la possibilità, per ragioni procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, che l'autorità di emissione indichi un termine di esecuzione più breve, o addirittura, la data specifica del compimento dell'atto di indagine.

All'obiettivo di ridurre i tempi di esecuzione risponde, dunque, il principio del mutuo riconoscimento che impone di riconoscere e di eseguire, salvo tassativi e limitati motivi di rifiuto (che costituiscono un *numerus clausus*), i provvedimenti

pronunciati dai giudici di altri Stati membri.

La previsione di motivi di non riconoscimento e non esecuzione risponde all'intento di contemperare tra l'esigenza di semplificazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria in materia penale e quella di tutela dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione.

Si tratta di ipotesi circoscritte, in cui l'autorità di esecuzione, dopo aver consultato, con qualsiasi mezzo appropriato, l'autorità di emissione, ha la possibilità di "rifiutare" l'attuazione del provvedimento nel proprio territorio, interrompendo, in tal modo, l'automatismo, imposto dal principio del mutuo riconoscimento, tra la ricezione dell'ordine ed il compimento dell'atto investigativo³²⁴. L'OEI, dunque, "pur ispirandosi al principio del reciproco riconoscimento, tiene conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria"³²⁵.

Il nuovo strumento si applica a qualsiasi atto d'indagine, con l'esclusione dell'istituzione delle squadre investigative comuni e dell'acquisizione di prove nell'ambito di tali attività, la cui disciplina resta attribuita alla decisione quadro 2002/465/GAI, attuata in Italia dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, e oggi prevista dall'art. 729-*quinquies* c.p.p.

L'OEI sostituisce³²⁶, inoltre, tutti gli strumenti di cooperazione presenti, vale a dire: la Convenzione del 1959 (e i suoi protocolli), la Convenzione del 1990 applicativa dell'accordo di Schengen, la Convenzione del 2000 (e il suo protocollo addizionale) e le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2008/978/GAI.

L'intento è quello di rimuovere la frammentarietà del sistema, che pregiudica l'obiettivo di semplificazione dei rapporti di collaborazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Riguardo alla Convenzione del 2000 è da evidenziare che l'Italia ha provveduto alla sua attuazione, con un considerevole ritardo, ad opera del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, *corpus* normativo che, comunque, continuerà ad applicarsi ai rapporti di assistenza giudiziaria che interessano gli Stati membri non vincolati dalla direttiva 2014/41/UE³²⁷, nonché ai Paesi firmatari della Convenzione di Bruxelles non appartenenti all'Unione europea.

³²⁴ G. Fiorelli, 2013, p. 712.

³²⁵ Considerando n. 6 e n. 7 della direttiva n. 2014/41/UE. A. Mangiaracina, 2018, p. 159.

³²⁶ Dal 22 maggio 2017.

³²⁷ Irlanda e Danimarca non hanno aderito alla direttiva. L'Irlanda, inoltre, non ha ratificato la Convenzione di Bruxelles del 2000. A. Mangiaracina, 2018, p. 160.

Il d.lgs. n. 108/2017 è suddiviso in tre titoli. Il primo contiene le disposizioni di principio, le definizioni e la clausola di protezione dei dati personali; il secondo disciplina la procedura passiva e il terzo quella attiva.

Il provvedimento attuativo³²⁸ fornisce la definizione di OEI, riproducendo, con alcune differenze, il contenuto della direttiva. In particolare, per ordine d'indagine si intende «il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti d'indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili³²⁹».

Il d.lgs. fornisce anche una definizione di autorità emittente e pone l'accento sulla necessità della convalida da parte dell'autorità giudiziaria nell'ipotesi in cui l'atto promani da un soggetto diverso³³⁰, con la previsione di restituire, all'autorità di emissione, l'ordine di indagine adottato da un'autorità «diversa dalla giudiziaria o da questa non convalidato³³¹».

L'autorità di esecuzione è invece l'autorità competente a ricevere, riconoscere e dare esecuzione a un OEI; l'autorità centrale è stata designata nel Ministero della Giustizia, al quale, contrariamente alle tradizionali dinamiche proprie delle rogatorie, è affidato un ruolo del tutto marginale.

8.1. La competenza del procuratore della Repubblica

Competente a ricevere, riconoscere ed eseguire l'ordine europeo d'indagine è il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta.

Il d.lgs., a differenza del previgente assetto normativo³³², predetermina i criteri volti a individuare il giudice competente nell'ipotesi in cui gli atti debbano

³²⁸ All'art. 2.

³²⁹ Cfr. art. 2 lett. a del d.lgs. n. 108/2017.

³³⁰ L'art. 2 alla lett. b precisa che l'autorità di emissione è «l'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione, che emette l'ordine di indagine con il quale dispone l'acquisizione di elementi di prova in un procedimento penale, o convalida una richiesta di acquisizione probatoria proveniente da un'autorità amministrativa».

³³¹ Cfr. art. 10 co. 3 del d.lgs. n. 108/2017.

³³² Prima, almeno, delle modifiche introdotte con la legge n. 367 del 2001.

compersi in distretti diversi. Nello specifico, all'esecuzione provvede il procuratore del distretto nel quale devono essere compiuti il maggior numero di atti, ovvero, se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa³³³.

La predeterminazione delle regole atte a individuare, in queste ipotesi, il giudice competente non scongiura il rischio di eventuali contrasti, negativi o positivi, tra gli uffici della procura della Repubblica in ordine alla competenza, specie per la difficoltà di stabilire l'atto di maggiore importanza, apparendo tale valutazione il più delle volte arbitraria. A tal fine, il d.lgs. rinvia espressamente alle disposizioni dettate agli artt. 54, 54 bis e 54 ter c.p.p.³³⁴.

Copia dell'OEI è trasmessa al Ministero della Giustizia che, nell'attuale assetto di disciplina, riveste, come già accennato, una posizione del tutto marginale.

Il d.lgs. contempla, infine, i casi in cui ai fini dell'esecuzione sia necessario l'intervento del giudice perché richiesto dall'autorità di emissione ovvero imposto dalla legge italiana³³⁵, come quando, ad esempio, debba procedersi al prelievo coattivo di campioni biologici³³⁶. In tali ipotesi, il procuratore della Repubblica, riconosciuto l'ordine, deve formulare la richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari.

L'organo giurisdizionale non svolge un ruolo meramente formale, dovendo accertare le condizioni per il riconoscimento dell'ordine d'indagine³³⁷.

Nello svolgimento di questo controllo, in presenza dei motivi di rifiuto elencati all'art. 10 del d.lgs., il giudice può disporre, anche su richiesta delle parti, l'annullamento del decreto di riconoscimento già adottato³³⁸.

8.2. I termini per il riconoscimento e l'esecuzione

In attuazione della direttiva e al fine di assicurare la rapidità e l'efficienza del sistema, il d.lgs. impone termini stringenti per il riconoscimento e l'esecuzione

³³³ Art. 4, co. 5, d.lgs. n. 108/2017.

³³⁴ Art. 4, co. 6, d.lgs. n. 108/2017. Se si tratta, poi, di indagini relative ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p., occorre informare il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo.

³³⁵ Art. 5 d.lgs. n. 108/2017.

³³⁶ Art. 359 bis c.p.p. Sul punto, v. A. Mangiaracina, 2018, p. 162.

³³⁷ Art. 5, co. 2, d.lgs. n. 108/2017.

³³⁸ Art. 13, co. 5, d.lgs. n. 108/2017.

dell'ordine europeo di indagine penale.

Il procuratore della Repubblica provvede, infatti, al riconoscimento con decreto motivato nel termine di trenta giorni o nel diverso termine indicato dall'autorità di emissione e, comunque, non oltre il limite massimo dei sessanta giorni³³⁹.

Il termine per l'esecuzione è poi fissato in novanta giorni³⁴⁰.

Rimane ferma la possibilità di un rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione, a fronte di specifiche esigenze³⁴¹. Così, il d.lgs. legittima il procuratore della Repubblica a disporre il rinvio del riconoscimento dell'OEI per il periodo necessario qualora dall'esecuzione possa derivare pregiudizio alle indagini preliminari o a un processo già in corso³⁴²; inoltre, può disporre il rinvio dell'esecuzione quando le cose, i documenti o i dati oggetto della richiesta di sequestro siano già sottoposti a vincolo, fino alla revoca del relativo provvedimento³⁴³. Venuta meno la causa che ha dato luogo al rinvio, l'ordine di indagine deve essere tempestivamente eseguito³⁴⁴.

8.3. Le modalità di esecuzione

Quanto alle modalità di esecuzione dell'OEI, la direttiva recepisce quanto già previsto dalla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea³⁴⁵, prevedendo l'osservanza delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, con il limite del conflitto “con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione³⁴⁶”.

La previsione, ripresa dal decreto di attuazione³⁴⁷ e in un contesto in cui emergono i limiti del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri, risponde all'intento di contemperare tra contrapposte esigenze, ossia tra la necessità di garantire l'utilizzabilità della prova nello Stato di emissione e quella di salvaguardare i diritti fondamentali dello Stato

³³⁹ Art. 4, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁴⁰ Art. 4, co. 2, d.lgs. n. 108/2017.

³⁴¹ Art. 15 della direttiva 2014/41/UE.

³⁴² Art. 14, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁴³ Art. 14, co. 2, d.lgs. n. 108/2017.

³⁴⁴ Art. 14, co. 4, d.lgs. n. 108/2017.

³⁴⁵ Art. 4, paragrafo 1, Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

³⁴⁶ Art. 9, par. 2, della direttiva 2014/41/UE.

³⁴⁷ Art. 4, co. 2, d.lgs. n. 108/2017.

di esecuzione.

In quest'ottica, per assicurare l'efficienza della cooperazione, si è osservato come l'autorità di emissione debba limitarsi a indicare soltanto quelle formalità che siano strettamente funzionali alla successiva utilizzazione della prova³⁴⁸.

Se ci si pone poi dalla prospettiva dello Stato di esecuzione, la questione più complessa è stabilire come interpretare il limite costituito dai “principi fondamentali”; rispetto alla direttiva, infatti, nel testo del d.lgs. non è stato riprodotto l'aggettivo “fondamentali”, col rischio che le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione siano di fatto non osservate perché in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione, a detrimento degli scopi di semplificazione dei rapporti di cooperazione tra autorità giudiziarie sottesi alla logica del mutuo riconoscimento. Da qui, la considerazione per la quale l'aggettivo “fondamentali” non può che intendersi implicitamente richiamato³⁴⁹.

Il riferimento è allora, più precisamente, ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. La necessità di circoscrivere la possibilità per l'autorità di esecuzione di non osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione solo in caso di contrarietà delle stesse ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato di esecuzione risponde all'intento di evitare che possa risultare pregiudicata la collaborazione tra le autorità in tema di acquisizione della prova all'estero.

Nell'ottica di garantire l'ammissibilità nello Stato di emissione del materiale probatorio raccolto all'estero, la direttiva ammette pure la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo, con la possibilità – per quest'ultima – di suggerire, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova.

Un dato che preoccupa è la scarsa attenzione riservata alle garanzie partecipative, alle quali la direttiva dedica solo un breve accenno: il quarto paragrafo dell'art. 1, impone che l'OEI «non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti, in materia, alle autorità giudiziarie».

Sebbene sia prevista la possibilità che l'indagato, l'imputato e il difensore

³⁴⁸ A. Mangiaracina, 2018, p. 163.

³⁴⁹ *Ibid.*

sollecitino l'autorità giudiziaria competente ad emettere un ordine europeo di indagine penale, la direttiva tace su qualsivoglia profilo di intervento o coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale.

Come, infatti, già ricordato, l'OEI ammette la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo – partecipazione che l'autorità di esecuzione può negare solo postulando la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento – ma non anche quella della difesa che, seppur non esclusa, non viene riconosciuta dal nuovo testo normativo³⁵⁰.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore non possa assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero³⁵¹.

A tutela del diritto di difesa è, tuttavia, espressamente consentito che le parti interessate dispongano dei «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli che sarebbero disponibili in un caso nazionale analogo contro l'atto d'indagine in questione».

8.4. Il principio di proporzionalità

La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale prevede un esplicito riferimento alla proporzionalità della misura.

Si afferma, infatti, che l'autorità di emissione possa adottare l'OEI se abbia accertato che sia necessario e proporzionato, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata³⁵².

La verifica sulla proporzionalità, espressamente prevista al momento dell'emissione dell'OEI, si estende anche alla fase di esecuzione, come confermato dall'art. 10 par. 3 della direttiva, il quale stabilisce che spetta pure allo Stato in cui la prova deve essere acquisita verificare la possibilità di ricorrere ad un atto diverso quando quello scelto assicuri lo stesso risultato con mezzi meno intrusivi.

Sul piano interno, il d.lgs. attua la previsione ammettendo che si dia luogo

³⁵⁰ S. Ruggeri, 2015, p. 153 e ss.

³⁵¹ G. Fiorelli, 2013, p. 714 e ss.

³⁵² Art. 6, par. 1, lett. a, direttiva 2014/41/UE.

all'esecuzione dell'OEI mediante il compimento di uno o più atti diversi, comunque idonei al raggiungimento dello scopo, quando l'ordine di indagine non appaia proporzionato³⁵³.

Diversamente dalla direttiva, il testo di recepimento, nell'utilizzare l'espressione «si dà luogo», pare propendere per l'obbligatorietà della misura meno intrusiva; sembrerebbe infatti che, ove esista un atto d'indagine "più proporzionato", in grado di assicurare il medesimo risultato, l'autorità di esecuzione debba farvi ricorso³⁵⁴.

A tal fine il d.lgs. fornisce una definizione del principio di proporzione, stabilendo che l'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione possa derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede o della pena per essi prevista³⁵⁵.

In via esemplificativa, l'autorità italiana tenuta a eseguire un OEI avente ad oggetto una perquisizione domiciliare, dovrà verificare se sussistano i presupposti per ricorrere alla misura meno invasiva consistente nell'istanza di esibizione, così innalzando il livello di protezione dei diritti delle persone coinvolte, senza pregiudicare l'efficienza della cooperazione³⁵⁶.

Ove l'ordine europeo di indagine penale non risulti proporzionato, occorrerà darne immediata comunicazione all'autorità di emissione.

8.5. I motivi di rifiuto

Malgrado il proposito di circoscrivere i casi di rifiuto a poche tassative ipotesi (proposito evidente nella proposta di direttiva del 29 aprile 2010), la direttiva ha finito col riproporre, all'incirca, gli stessi motivi di non riconoscimento e di non esecuzione del MER.

L'art. 11 della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale elenca poi, rispetto

³⁵³ Art. 9, comma 2, d.lgs. n. 108/2017.

³⁵⁴ A. Mangiaracina, 2018, p. 164.

³⁵⁵ Art. 7 d.lgs. n. 108/2017.

³⁵⁶ A. Mangiaracina, 2018, p. 165.

al contenuto dell'originaria proposta, un più ampio numero di motivi, tutti configurati come facoltativi³⁵⁷.

Il d.lgs. ha provveduto a recepire quasi tutti i motivi di rifiuto previsti dalla direttiva, rendendoli però obbligatori, stante l'espressione «non si provvede» di cui all'art. 10, comma 1.

Questa scelta appare in contrasto con la direttiva, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia³⁵⁸ che, con riferimento all'art. 4, punto 6, della decisione quadro sul MAE, ha affermato che, a fronte della previsione di motivi di non riconoscimento facoltativi³⁵⁹, l'autorità giudiziaria di esecuzione debba disporre di un potere discrezionale limitatamente alla possibilità di rifiutare o meno l'esecuzione di un MAE, possibilità che sembrerebbe essere negata, nel diritto interno, a fronte di un catalogo di motivi di rifiuto intesi come obbligatori.

Il primo motivo di rifiuto va correlato all'impossibilità di eseguire l'OEI quando l'atto d'indagine richiesto non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione o non sia disponibile in un caso interno analogo.

Se non sussistono altri atti idonei a conseguire lo stesso risultato, l'autorità di esecuzione informa quella di emissione che non è stato possibile fornire l'assistenza richiesta (art. 10, par. 5).

Proprio l'impossibilità di dare esecuzione alla richiesta mediante il compimento di uno o più atti diversi comunque idonei al raggiungimento dello scopo è motivo di rifiuto del riconoscimento³⁶⁰.

Passando agli altri motivi specificamente enunciati all'art. 10 del d.lgs., non si provvede al riconoscimento e all'esecuzione dell'OEI ove l'ordine di indagine trasmesso risulti incompleto ovvero le informazioni in esso contenute siano manifestamente erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto.

³⁵⁷ Altri motivi di rifiuto sono poi rinvenibili nell'ambito della specifica disciplina dedicata a determinati atti d'indagine (art. 22, par. 2, lett. a e b; art. 24, par. 2, lett. a e b; art. 28, par. 1; art. 29, par. 3 lett. a e b; art. 30, par. 5).

³⁵⁸ V. Corte di Giustizia, 29 giugno 2017, Poplawski, C579/15.

³⁵⁹ Previsti nella decisione quadro sul MAE.

³⁶⁰ Art. 9 co. 3 d.lgs. n. 108/2017.

V. anche art. 9 co. 5 d.lgs. n. 108/2017: «Fermo quanto previsto dall'articolo 10, comma 1, si provvede in ogni caso all'esecuzione dell'ordine di indagine avente ad oggetto: a) acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; b) acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria; c) audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato; d) compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio; e) identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP».

Tra i motivi di non riconoscimento figurano, poi, «le immunità riconosciute dallo Stato italiano che limitano o impediscono l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale», «il pregiudizio alla sicurezza nazionale» e la violazione del *ne bis in idem*.

Non si provvede, altresì, al riconoscimento dell'ordine di indagine ove sussistano fondati motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto richiesto nell'OEI non sia compatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'articolo 6 del Trattato dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e quando il fatto per il quale sia stato emesso l'ordine di indagine non sia punito dalla legge italiana come reato, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione.

8.6. Il diritto all'informazione e i mezzi di impugnazione

Sul piano delle garanzie, il decreto di riconoscimento è comunicato, a cura della segreteria del pubblico ministero, al solo difensore della persona sottoposta ad indagini, entro il termine stabilito «ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto»³⁶¹: così, ad esempio, nell'ipotesi in cui debba procedersi ad interrogatorio, l'avviso deve essere dato almeno ventiquattro ore prima del compimento dell'atto³⁶².

Con riguardo agli atti per i quali al difensore spetta il diritto di assistere senza avviso – è il caso di una perquisizione o di un sequestro – il decreto è comunicato al momento del compimento dell'atto o immediatamente dopo³⁶³.

I verbali degli atti compiuti ai quali il difensore ha diritto di assistere sono poi depositati nella segreteria del pubblico ministero ai sensi dell'art. 366, comma 1, c.p.p.³⁶⁴, in modo che il difensore possa prenderne visione ed estrarne copia.

Entro cinque giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore possono proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari, il quale decide, sentito il solo procuratore della Repubblica, con ordinanza.

³⁶¹ Cfr. Art. 4, co. 4, d.lgs. n. 108/2017.

³⁶² Art. 364, comma 3, c.p.p.

³⁶³ Art. 4, co. 4, d.lgs. n. 108/2017.

³⁶⁴ Art. 4, co. 8, d.lgs. n. 108/2017.

L'opposizione non determina la sospensione dell'esecuzione dell'OEI, né impedisce la trasmissione dei risultati delle attività compiute; il procuratore della Repubblica può, semmai, non trasmettere i risultati dell'indagine nei casi di «grave e irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto»³⁶⁵.

Avverso l'ordinanza, che va notificata all'interessato, non è poi consentito alcun mezzo di impugnazione.

La disciplina appare dunque, ancora una volta, carente sul versante delle garanzie partecipative.

L'accoglimento dell'opposizione si traduce, invece, nell'annullamento del decreto di riconoscimento, del quale va data comunicazione "immediatamente" all'autorità di emissione.

Un meccanismo più garantito opera qualora il decreto di riconoscimento abbia ad oggetto il sequestro a fini di prova³⁶⁶: in questo caso l'opposizione, per la quale si osserva in assenza di specificazione il termine dei cinque giorni³⁶⁷, può essere presentata dalla persona sottoposta ad indagine, dall'imputato, dalla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e da quella che avrebbe diritto alla loro restituzione.

Sull'opposizione decide il giudice in camera di consiglio secondo il modello di cui all'art. 127 c.p.p., e avverso la decisione è ammesso ricorso per cassazione esclusivamente per violazione di legge, da parte del pubblico ministero e degli interessati entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione.

La Corte di Cassazione provvede, a sua volta, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricevimento del ricorso, e quest'ultimo non ha effetto sospensivo.

Una questione che potrebbe, infine, sollevare qualche perplessità sul piano applicativo è quella legata all'individuazione del difensore al quale comunicare il decreto di riconoscimento³⁶⁸.

Anche in questo caso, però, conformemente a quanto già stabilito dalla direttiva 2013/48/UE nell'ambito del procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, pare imprescindibile il rispetto del diritto alla *dual defence*, che prevede la facoltà di avvalersi di un difensore pure nello Stato membro di esecuzione, al

³⁶⁵ Art. 13, co. 4, d.lgs. n. 108/2017.

³⁶⁶ Art. 13, co. 7, d.lgs. n. 108/2017.

³⁶⁷ A. Mangiaracina, 2018, p. 169.

³⁶⁸ A. Mangiaracina, 2018, p. 170.

fine di consentire l'esercizio effettivo dei propri diritti.

Il considerando n. 15 della direttiva sull'OEI richiama del resto l'opportunità di tenere conto, in fase di attuazione, proprio della direttiva sul diritto all'assistenza difensiva.

8.7. L'emissione dell'ordine europeo di indagine penale

Sul versante attivo, la competenza ad emettere un ordine europeo di indagine penale spetta, durante la fase delle indagini preliminari, al pubblico ministero e, in quelle successive, al giudice che procede.

Pur in difetto di una specifica previsione, si ritiene che anche l'OEI debba essere trasmesso al Ministero della Giustizia, in virtù di quanto disposto dall'art. 204 bis disp. att. c.p.p.³⁶⁹.

Una volta emesso l'ordine, questo è trasmesso direttamente all'autorità di esecuzione³⁷⁰, senza il filtro dell'autorità governativa, sintomo di una ingerenza politica nell'amministrazione della giustizia che causa ritardi e inefficienze.

La disciplina mira a semplificare i rapporti tra le autorità giudiziarie, ammettendo l'ausilio dell'autorità centrale solo nei casi in cui questo sia necessario³⁷¹, ovvero di difficoltà nelle comunicazioni con l'autorità di esecuzione o quando insorgano questioni sulla provenienza e autenticità dell'atto, conformemente a quanto stabilito dalla direttiva.

8.8. Il ruolo della difesa

Un dato che preoccupa è la scarsa attenzione riservata alle garanzie partecipative: sebbene sia prevista la possibilità che l'indagato, l'imputato e il difensore sollecitino l'autorità giudiziaria competente ad emettere un ordine europeo di indagine penale³⁷², la direttiva tace su qualsivoglia profilo di intervento o

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 171.

³⁷⁰ Art. 27, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁷¹ Art. 32, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁷² Ai sensi dell'art. 31, co. 2, d.lgs. n. 108/2017 la richiesta deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto di indagine o di prova e i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione.

coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale.

Come, infatti, già ricordato, l'OEI ammette la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo – partecipazione che l'autorità di esecuzione può negare solo postulando la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento – ma non anche quella della difesa che, seppur non esclusa, non viene riconosciuta dal nuovo testo normativo³⁷³.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore possa non assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero³⁷⁴.

Inoltre, la disciplina appare carente anche per la mancata previsione di un apposito mezzo di impugnazione avverso l'eventuale decreto motivato del p.m. o l'eventuale ordinanza del giudice in caso di rigetto della richiesta³⁷⁵.

8.9. Sguardo su singoli atti d'indagine: l'audizione mediante video o teleconferenza

Il d.lgs., nel recepire l'art. 24 della direttiva, prevede che possano essere ascoltati tramite videoconferenza il testimone, il consulente tecnico e il perito³⁷⁶. L'esame a distanza può essere disposto anche nel caso in cui occorra sentire la persona sottoposta alle indagini e l'imputato, sempre che questi prestino il loro consenso³⁷⁷.

Il compito di dare esecuzione all'ordine europeo di indagine penale proveniente da uno Stato estero spetta al procuratore della Repubblica o al giudice per le indagini preliminari, qualora la *lex fori* o la legge italiana prevedano che la videoconferenza debba essere disposta da un giudice³⁷⁸.

³⁷³ S. Ruggeri, 2015, p. 153 e ss.

³⁷⁴ G. Fiorelli, 2013, p. 714 e ss.

³⁷⁵ Per espressa previsione di legge, infatti, se rigetta la richiesta, il pubblico ministero emette decreto motivato. Il giudice, invece, provvede con ordinanza, dopo aver sentito le parti. (Art. 31, commi 3-4, d.lgs. n. 108/2017).

³⁷⁶ Art. 18, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁷⁷ Art. 18, co. 2, d.lgs. n. 108/2017.

³⁷⁸ È, ad esempio, il caso in cui debba essere esaminato mediante collegamento audiovisivo un agente sotto copertura, una persona che collabora con la giustizia o un imputato di un reato connesso, la cui audizione, secondo la legge italiana (art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.), deve essere autorizzata dal giudice.

La legge stabilisce poi che l'autorità giudiziaria italiana debba accordarsi con quella di emissione sulle modalità di audizione del dichiarante ed eventualmente sulle misure di protezione da adottare, in relazione al caso di specie³⁷⁹.

La previsione non sembra perfettamente in linea con il principio di legalità, che esige la puntuale predeterminazione delle regole da seguire nell'esame tramite videoconferenza.

Il decreto attuativo, nel prevedere che l'esame a distanza mediante videoconferenza sia condotto direttamente dall'autorità di emissione³⁸⁰, ammette anche la possibilità che l'audizione avvenga sotto la direzione dell'autorità di emissione³⁸¹. Pure in questo caso, la disciplina non pare conforme al canone di legalità, posto che non è chiaro in che misura l'autorità giudiziaria italiana di esecuzione possa contribuire – sia pure sotto il controllo di quella straniera di emissione – all'acquisizione della prova dichiarativa.

Il procuratore della Repubblica o il giudice, quando provvedono all'esecuzione dell'ordine, devono assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione³⁸².

Il d.lgs. prevede anche un'ulteriore ipotesi di esame a distanza, che è – appunto – l'audizione mediante teleconferenza³⁸³, ma detto atto di indagine può avere luogo solo ove la domanda provenga da un'autorità straniera; è esclusa, cioè, la possibilità che l'Italia avanzi richiesta di audizione tramite teleconferenza, trattandosi di modalità di assunzione della prova orale non prevista dal nostro ordinamento.

A differenza della videoconferenza, l'esame tramite teleconferenza ha una portata applicativa più ridotta, potendo essere disposta solo nel caso in cui l'autorità giudiziaria straniera intenda esaminare un testimone o un perito, ma non qualora debba essere esaminato un indagato, un imputato o un consulente tecnico.

Inoltre, l'acquisizione della prova dichiarativa mediante audio-collegamento può essere richiesta quando non sia opportuno o possibile che le persone da esaminare compaiano personalmente.

La relazione illustrativa alla direttiva ha cura di precisare meglio i casi in cui non

³⁷⁹ Art. 18, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

³⁸⁰ L'audizione, in questo caso, si svolge secondo le norme dello Stato che ha emesso l'OEI.

³⁸¹ Art. 18, co. 6, d.lgs. n. 108/2017.

³⁸² Ci si riferisce, ad esempio, agli avvisi al difensore del compimento dell'atto (art. 4 d.lgs. 108/2017) e al dovere di informare testimoni e periti della facoltà di astensione (art. 18 co. 6 d.lgs. 108/2017).

³⁸³ Art. 19 d.lgs. n. 108/2017.

appaia opportuno o possibile che la persona da esaminare compaia personalmente, come ad esempio nei casi di giovane o avanzata età del dichiarante, di seri problemi di salute o quando la comparizione dello stesso potrebbe esporlo ad un grave pericolo³⁸⁴.

Nel quadro della normativa di attuazione, l'audio-collegamento deve, dunque, essere impiegato, solo se, alla luce delle condizioni di particolare vulnerabilità della persona da esaminare, non sia possibile utilizzare metodi di acquisizione della prova dichiarativa più rispettosi del contraddittorio³⁸⁵.

8.10. L'intercettazione delle telecomunicazioni

La direttiva conferma la scelta di fondo della Convenzione del 2000 in tema di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, distinguendo a seconda che uno Stato, nelle operazioni di intercettazione, necessiti o meno dell'assistenza tecnica di un altro Stato, differenza che è stata riprodotta nel testo del d.lgs. n. 108 del 2017.

Nel caso di intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica di altro Stato l'autorità di emissione procede direttamente all'ascolto e alla registrazione dell'intercettazione, salva, in ogni caso, la possibilità per lo Stato di esecuzione di provvedere alla registrazione e alla successiva trasmissione della stessa in favore dello Stato di emissione, ove la trasmissione immediata della telecomunicazione non sia possibile.

La previsione non sembra in linea con il principio di legalità, posto che è impossibile, dal tenore letterale della stessa, stabilire a priori quale legge si applichi nei casi di intercettazione transfrontaliera.

Non è chiaro, infatti, quando lo Stato di emissione possa direttamente procedere all'ascolto e alla registrazione dell'intercettazione conformemente alle regole della *lex fori*, e quando, invece, spetti allo Stato di esecuzione provvedere – secondo la *lex loci* – alla registrazione e alla successiva trasmissione dei risultati delle operazioni in favore dello Stato di emissione.

Quanto al contenuto, l'art. 30 della direttiva impone all'autorità di emissione solo l'obbligo di indicare il "titolo del reato" e "i motivi per cui considera l'atto di

³⁸⁴ *Explanatory Memorandum* alla proposta di direttiva sull'OEI, 3 giugno 2010.

³⁸⁵ M. Bolognari, 2018, p. 1100 e ss.

indagine richiesto utile al procedimento penale interessato”.

Si tratta di una indicazione generica e, soprattutto, incompleta rispetto ai presupposti richiesti dall’ordinamento interno sia in ordine alla indicazione del quadro indiziario che può fondare l’attività di captazione dei flussi comunicativi o di dati, sia alla effettiva necessità della stessa rispetto ad altri strumenti di indagine meno invasivi della sfera privata.

Il mancato richiamo, nella direttiva, ai gravi “indizi di reato” e alla “indispensabilità del ricorso” allo strumento investigativo – che nel nostro ordinamento assurgono a condizioni di ammissibilità ex art. 267 c.p.p. – non può tuttavia far credere che l’OEI possa trovare esecuzione pure in spregio delle condizioni di ammissibilità stabilite dallo Stato di esecuzione a tutela dei diritti fondamentali, come peraltro precisato nell’art. 31 della direttiva 2014/41/UE, che pone quale unico limite esplicito di ammissibilità che l’intercettazione non possa essere effettuata se “non sia ammessa in un caso interno analogo”.

Quando, invece, non sia necessaria l’assistenza tecnica di altro Stato e l’intercettazione sia da effettuarsi nel territorio di altro Stato, lo Stato di emissione è obbligato a dare notifica dello svolgimento delle operazioni.

In quest’ultimo caso, l’intervento di verifica del giudice italiano (nel caso, ad esempio, di intercettazioni di telecomunicazioni da effettuarsi in Italia e disposte da altro Stato di emissione) non investe tutte le condizioni di ammissibilità previste dall’ordinamento interno ma la sola corrispondenza del titolo di reato per il quale procede l’autorità giudiziaria dello Stato di intercettazione con uno di quelli elencati dall’art. 266 c.p.p.

Infatti, se con riferimento alle intercettazioni richieste dalle autorità straniere da svolgere con l’assistenza dell’autorità italiana, il decreto attuativo ammette che si provveda al riconoscimento dell’ordine di indagine emesso per le operazioni di intercettazione «sempre che sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall’ordinamento interno»³⁸⁶, in relazione alle intercettazioni da svolgere senza l’assistenza dell’autorità italiana, il decreto attuativo delinea una regola speciale meno attenta alle prescrizioni nazionali.

L’art. 24 comma 2 prevede unicamente che il giudice per le indagini preliminari informato delle operazioni ordini l’immediata cessazione delle stesse, «se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo

³⁸⁶ Art. 23, co. 1, d.lgs. n. 108/2017.

l'ordinamento interno, non sono consentite».

Stando al tenore letterale della prescrizione, quindi, sembrerebbero operare i soli presupposti penalistici statuiti dagli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p., e non gli altri requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 267.

Peculiare poi il regime di utilizzabilità dei risultati dell'attività di ricerca della prova attraverso le intercettazioni delle comunicazioni dettato dalla Direttiva in commento: qualora, infatti, l'intercettazione non sia consentita secondo la disciplina nazionale, l'autorità competente dello Stato notificato può, senza ritardo e al più entro 96 ore dalla ricezione della notizia dello svolgimento delle intercettazioni, notificare all'autorità competente dello Stato di intercettazione che l'intercettazione non possa essere effettuata o che si ponga fine alla stessa. Le autorità competenti dello Stato notificato comunicano inoltre che gli eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti non possano essere utilizzati o possano essere utilizzati solo alle condizioni eventualmente indicate.

Un ultimo riferimento va, infine, agli artt. 43 e 44 che, in materia di intercettazioni, indicano unicamente il pubblico ministero quale organo competente all'emissione dell'OEI, trascurando il fatto che l'art. 267 c.p.p. postula, a livello interno, l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari. Né vi è un richiamo alle ulteriori condizioni di ammissibilità delle intercettazioni previste dalla legge italiana.

Malgrado alcuni ritengano che questa previsione non debba favorire lo sviluppo di prassi devianti³⁸⁷, in realtà la questione non è così pacifica: se, infatti, i commi 1 e 3 dell'art. 9 del decreto attuativo richiedono, per l'esecuzione dell'ordine di indagine, il rispetto delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, le suddette disposizioni (artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 108/2017) sembrerebbero delineare, ancora una volta, una regola speciale meno attenta alle prescrizioni nazionali.

Stando al tenore letterale delle disposizioni, quindi, il d.lgs. designa quale organo competente all'emissione di un ordine penale d'indagine finalizzato all'esecuzione di operazioni di intercettazioni il solo pubblico ministero, sebbene

³⁸⁷ V. M. Daniele, 2017, p. 210, secondo cui «la relazione illustrativa al decreto dà infatti per scontato che l'OEI debba essere eseguito alle condizioni di ammissibilità stabilite dalla legge italiana, così scongiurando ogni pericolo che si vogliano aggirare limiti o vincoli posti dal diritto interno, a pena di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni stesse».

il diritto interno preveda a seconda dei casi³⁸⁸, a garanzia delle libertà individuali, l'autorizzazione previa o la convalida del g.i.p. che, in qualità di organo giurisdizionale terzo rispetto alla conduzione delle indagini, è in grado di effettuare con maggiore serenità le complesse valutazioni che atti d'indagine così intrusivi prevedono, quali quelle relative alla sussistenza dei gravi "indizi di reato" e alla "indispensabilità del ricorso" allo strumento investigativo.

9. Le squadre investigative comuni

Un esempio della più accentuata sensibilità del legislatore per il tema della cooperazione internazionale in ambito penale è dato dall'istituto delle squadre investigative comuni, già disciplinato dal d.lgs. n. 34/2016 e oggi previsto dall'art. 729-*quinquies* c.p.p.³⁸⁹.

Il legislatore ha cioè codificato forme di collaborazione già sperimentate a livello sovranazionale nel tentativo di rendere più agevole la cooperazione tra Stati in materia penale.

L'istituto risponde all'intento di facilitare le indagini congiunte al di fuori del tradizionale perimetro segnato dalle procedure rogatorie.

Le squadre investigative comuni rappresentano uno strumento di assistenza che più di altri rivela il nuovo spirito di collaborazione che il legislatore europeo ha voluto imprimere alla cooperazione giudiziaria, nella consapevolezza della necessità di un'azione comune tra gli Stati già a partire dalla fase investigativa.

L'istituto, previsto dalla Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 (nell'art. 13) e dalla decisione quadro 2002/465/GAI (che dell'art. 13 della Convenzione riproduce fedelmente il testo)³⁹⁰, è per la prima volta regolamentato in Italia dal decreto legislativo n. 34/2016, che ha provveduto ad adottare le necessarie misure

³⁸⁸ Di regola, l'intercettazione è disposta dal pubblico ministero solo a seguito di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari; nei casi di urgenza, invece, le intercettazioni sono disposte dal pubblico ministero con decreto motivato, ma, in queste ipotesi, il g.i.p. è comunque tenuto, entro quarantotto ore, a convalidare, le operazioni, con la conseguenza che, in mancanza di tempestiva convalida, l'intercettazione non potrà essere proseguita e i risultati ottenuti non potranno essere utilizzati.

³⁸⁹ Introdotto nel libro XI c.p.p. dal d.lgs. n. 149/2017.

³⁹⁰ Le ragioni della doppia base giuridica risalgono alle aspettative – deluse – del legislatore eurounitario di dare, con la decisione quadro, un forte impulso alle squadre investigative comuni, inibite dal lento processo di ratifica della Convenzione (ai sensi dell'art. 5 del testo della decisione quadro, gli effetti di quest'ultima cesseranno non appena entrerà in vigore la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale).

di implementazione della decisione quadro del 2002; un ritardo – questo – particolarmente imbarazzante, in considerazione anche dell'avvenuta ratifica, da parte del nostro Paese, della Convenzione del 2000 soltanto nello scorso luglio 2016, con la l. n. 149.

La disciplina delle squadre investigative comuni – cui ricorrere nel caso di indagini particolarmente complesse, che hanno un collegamento con altri Stati membri e che postulino, per la loro soluzione processuale, un'attività investigativa coordinata e concertata –, è, come già detto, oggi contenuta anche nel Libro XI del codice di procedura penale.

Ai sensi dell'art. 729-*quinquies* c.p.p., spetta al procuratore della Repubblica la costituzione delle squadre investigative comuni; la disposizione, conformemente al nuovo impianto codicistico, distingue tra rapporti con Stati membri dell'Unione europea e rapporti con le autorità giudiziarie di Stati non appartenenti alla stessa.

Nel primo caso, il ricorso alle squadre investigative comuni è ammesso alle condizioni e nei casi previsti dalla decisione quadro 2002/465/GAI o, nell'ipotesi in cui eventualmente gli Stati membri non abbiano provveduto a darvi attuazione, nei casi e modi stabiliti dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000.

Nei rapporti, invece, con le autorità giudiziarie di Stati diversi da quelli membri, il procuratore della Repubblica può richiedere la costituzione di una o più squadre investigative comuni con le modalità e alle condizioni stabilite da appositi trattati bilaterali o convenzioni in vigore³⁹¹; solo in via residuale trova applicazione la disciplina interna.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 34/2016, fuori delle specifiche ipotesi di cui al comma 1, è previsto l'accesso al nuovo strumento investigativo quando vi è l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri o di assicurarne il coordinamento.

L'art. 4 disciplina le modalità di istituzione della squadra investigativa comune, prevedendo la forma scritta per la stipula dell'accordo costitutivo³⁹².

L'art. 6 disciplina, invece, il regime di utilizzazione delle informazioni

³⁹¹ Della costituzione di una o più squadre investigative comuni è data comunicazione al Ministro della giustizia (art. 729-*quinquies*, comma 2, c.p.p.).

³⁹² Per adeguare il funzionamento della squadra investigativa comune alle esigenze, anche di carattere investigativo, che possono sopravvenire in corso d'opera, l'accordo può, con atto scritto, essere modificato, per consentire adattamenti dell'oggetto, delle finalità investigative, del termine di indagine e della composizione della squadra, al fine di scongiurare inefficienze o la paralisi dell'attività investigativa comune.

investigative e degli atti di indagine.

In particolare, il comma 1 prevede che la squadra investigativa comune agisca sul territorio dello Stato in base alla legge italiana, conformemente all'art. 1, par. 3, della decisione quadro, nella parte in cui, alla lett. b), stabilisce che essa operi «in conformità del diritto dello Stato membro in cui interviene».

L'applicazione del principio del *locus regit actum*, a garanzia del dogma della sovranità statale, rischia però – come già evidenziato – di vanificare lo sforzo profuso in sede di cooperazione sovranazionale e l'esito delle operazioni condotte dalle squadre, ove l'attività compiuta nel territorio di uno Stato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato del procedimento.

Se allora, almeno con riferimento agli atti di indagine compiuti in Italia sulla base della legge italiana, non dovrebbero porsi problemi in termini di utilizzabilità nel nostro ordinamento, più incerto appare il destino degli atti di indagine compiuti all'estero dai membri della squadra.

Al riguardo, l'art. 6 del d.lgs. n. 34/2016 non sembrerebbe porre particolari limitazioni all'utilizzabilità delle prove raccolte dalle squadre comuni investigative, stante – in ogni caso – il rispetto, in sede di acquisizione della prova, delle garanzie partecipative dei soggetti coinvolti nel procedimento penale. La disciplina interna non contiene, però, alcuna previsione tesa ad assicurare la partecipazione della difesa alle attività delle squadre investigative comuni, «una partecipazione garantita – in base al riferimento alla *lex loci* – solo se e nella misura consentita dal diritto processuale dello Stato nel cui territorio la squadra opera»³⁹³.

Si è persa, dunque, ancora una volta, un'occasione importante per apprestare una più attenta regolamentazione sul tema delle istanze di partecipazione dell'imputato.

³⁹³ S. Ruggeri, 2015, p. 152.

Sez. II**L'assistenza probatoria internazionale nel diritto spagnolo****Sommario**

1. L'assistenza probatoria in Spagna
2. La legge applicabile e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.
L'impostazione tradizionale della giurisprudenza spagnola
3. L'attuazione della decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove e della Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale

1. L'assistenza probatoria in Spagna

Il sistema processuale spagnolo è ancora oggi regolato dalla *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882 (d'ora in avanti LECrim), più volte, tuttavia, sottoposta a modifiche e a integrazioni nel tentativo di adattare la disciplina processualistica alle mutate esigenze della giustizia penale.

In particolare, alla LECrim hanno fatto seguito numerosi interventi novellistici tesi ad attuare i principi sanciti dalla Costituzione democratica del 1978 e dalle Convenzioni internazionali che, ai sensi dell'art. 96 co. 1 Cost., costituiscono – in Spagna – normativa direttamente applicabile.

Questo obbliga le alte Corti spagnole (Corte di Cassazione e Corte Costituzionale) a un costante e continuo lavoro di interpretazione e di adattamento, allo scopo di adeguare la disciplina alle moderne esigenze del giusto processo.

Malgrado le numerose riforme succedutesi nel tempo, nessuna disposizione della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* regola adeguatamente l'assistenza giudiziaria penale.

Gli articoli 276, 277 e 278 della Legge Organica del Potere Giudiziario (di seguito LOPJ), in vigore dal 1985, disciplinano solo per sommi capi le modalità di trasmissione delle richieste di collaborazione penale in materia di acquisizione della prova all'estero.

La legge reca una succinta regolamentazione sia delle modalità di inoltro delle domande di cooperazione promananti dalla Spagna sia delle forme di trasmissione delle richieste di assistenza giudiziaria provenienti dalle autorità di altri Stati membri, agendo – la Spagna – nell'un caso come Stato richiedente nell'altro come Stato richiesto.

In ogni caso, la legge rinvia, più nello specifico, a quanto disposto negli accordi internazionali e al principio di reciprocità.

Viene, dunque, nei rapporti di cooperazione penale in materia di acquisizione della prova all'estero, fatta applicazione dei trattati e degli accordi sottoscritti dalla Spagna che risultano, come già osservato, direttamente applicabili in forza dell'art. 96 co. 1 della Costituzione.

L'assenza di una regolamentazione puntuale e dettagliata non vuol dire, però, che possa procedersi – nei casi transfrontalieri – all'acquisizione della prova senza tener conto del rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

2. La legge applicabile e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. L'impostazione tradizionale della giurisprudenza spagnola

Nell'ambito della disciplina dell'assistenza giudiziaria, un posto di primaria importanza è riservato al principio del *locus regit actum* (o *lex loci*), che è principio di diritto internazionale universalmente riconosciuto, alla stregua del quale le rogatorie vanno eseguite secondo la legge dello Stato richiesto.

Di regola, lo Stato assistente dà seguito alla richiesta di assistenza giudiziaria conformemente alla propria normativa interna: trattasi, infatti, di attività non solo compiuta nel territorio dello Stato richiesto ma anche eseguita dalle autorità giudiziarie di quest'ultimo.

Al fine, però, di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, e tenuto conto delle differenze tra le legislazioni nazionali, che talora ostano all'utilizzo – in uno Stato – di prove formatesi altrove, si è reso necessario il progressivo superamento di tale principio, in favore di forme e procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente.

Si è osservato, infatti, che l'obiettivo delle rogatorie rischia di venir frustrato quando l'attività compiuta nello Stato rogato non sia, per le modalità di esecuzione, utilizzabile nello Stato da cui promana la domanda di assistenza giudiziaria; i diritti fondamentali della persona «non possono, infatti, venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato richiedente»³⁹⁴.

La Costituzione spagnola annovera il diritto di difesa tra i diritti fondamentali, a garanzia dell'effettività della tutela giudiziaria e di un processo equo e giusto.

Gli artt.17, 24 co. 1 e 24 co. 2 della Carta costituzionale spagnola declinano in vario modo il diritto di difesa, prevedendo rispettivamente:

- per il detenuto, la garanzia di farsi assistere da un avvocato negli adempimenti di polizia e giudiziari;
- la necessità, per tutti, di farsi assistere da un avvocato in sede giudiziaria;
- il diritto al patrocinio legale, il diritto a essere informati dell'accusa formulata, il diritto a non fare dichiarazioni contro se stessi, il diritto a non confessarsi

³⁹⁴ M. R. Marchetti, 2005, p. 43.

colpevoli, il diritto a un processo pubblico con tutte le garanzie senza indebite dilazioni, il diritto alla prova e alla presunzione d'innocenza.

In quanto diritto fondamentale, la cui finalità risiede nella protezione dei principi di uguaglianza delle parti e del contraddittorio – in modo da evitare squilibri nelle rispettive posizioni processuali –, il diritto di difesa agisce come limite insuperabile nel momento di valutare la validità e le conseguenze degli atti processuali compiuti all'estero.

Va da sé che, nel bilanciamento tra contrapposti interessi, l'esigenza di non frustrare l'impegno profuso in sede di cooperazione internazionale non può in alcun caso determinare una restrizione dei diritti fondamentali in misura incompatibile con le garanzie costituzionali.

La materia dell'assistenza probatoria internazionale non è in Spagna regolamentata in maniera dettagliata; nei rapporti di cooperazione penale in tema di acquisizione della prova all'estero, si rinvia, piuttosto, a quanto disposto negli accordi internazionali, che sono, come già osservato, direttamente applicabili in forza dell'art. 96 co. 1 della Costituzione.

Il primo strumento cui fare riferimento in questo senso è la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, in vigore in Spagna dal 16 novembre 1982.

Nell'intento di assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, la Convenzione ha previsto una prima attenuazione del principio del *locus regit actum* disponendo, ai sensi dell'art. 4, che, se la parte richiesta vi consenta, le autorità richiedenti e le persone in causa, previamente informate della data e del luogo di esecuzione, possano assistere all'espletamento della rogatoria³⁹⁵.

La disposizione va letta nel senso di consentire all'autorità rogante spagnola di attivarsi per ottenere il "consenso" dello Stato richiesto circa la partecipazione al compimento dell'atto dell'autorità richiedente, al fine di suggerire forme e procedure necessarie per l'utilizzabilità degli atti rogati e di assicurare nella fase di formazione della prova all'estero il rispetto delle garanzie partecipative.

Alla Convenzione del Consiglio d'Europa ha fatto seguito la Convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Quest'ultima riveste grande importanza nello studio della materia per le novità

³⁹⁵ D. Carcano, 2003, p. 124.

che essa apporta.

In particolare, la Convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati dell'Unione impone all'autorità richiesta di osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, sempre che queste non contrastino con i principi fondamentali dello Stato rogato e che la convenzione non disponga diversamente.

Anche in questo caso è evidente come, per non frustrare il fine della cooperazione e l'impegno profuso dallo Stato richiesto, sia compito dell'autorità richiedente spagnola attivarsi per fare in modo che la prova sia assunta nel rispetto del contraddittorio e delle garanzie partecipative dei soggetti coinvolti.

La Convenzione contiene infatti sul versante delle garanzie partecipative, una disciplina carente e ambigua, riservando una scarsa considerazione ai diritti difensivi dei soggetti coinvolti; «non solo nessuna disposizione, infatti, prevede la partecipazione di soggetti privati alle attività rogatorie, ma tale partecipazione – pur non esclusa e anzi astrattamente possibile laddove rientrando tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante – non è garantita in modo certo, essendo sottoposta all'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente»³⁹⁶.

Lo strumento, dunque, non assicura, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa, che nell'ordinamento spagnolo, come in altri sistemi, assurge a garanzia irrinunciabile.

In linea con la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, la Convenzione di Bruxelles sembra concepire la partecipazione del difensore all'espletamento dell'atto rogato come una presenza passiva, occorrendo, a tal fine, un'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente.

Sul punto, il Rapporto esplicativo della Convenzione Ue ha cura di precisare che i termini “formalità e procedure” devono essere interpretati estensivamente e possono includere il caso in cui una richiesta indichi che un rappresentante delle autorità giudiziarie dello Stato membro richiedente o un difensore debbano essere autorizzati a presenziare alla deposizione di un testimone³⁹⁷.

È compito, allora, dell'autorità giudiziaria richiedente (in Spagna svolge un ruolo attivo in materia di assistenza penale internazionale anche il Pubblico ministero

³⁹⁶ S. Ruggeri, 2015, p. 152.

³⁹⁷ R. Belfiore, 2014, p.152.

spagnolo³⁹⁸, fatta eccezione – però – per il compimento degli atti che comportino una limitazione dei diritti fondamentali) di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il “consenso” dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori) al compimento dell’atto rogato, potendo, in ogni caso, il giudice nazionale verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l’atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova.

Ai fini della utilizzabilità di un atto, occorre, infatti, accertare, caso per caso, se l’atto rogato, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato nello Stato rogante.

L’arretratezza che, però, le Convenzioni – cui finora si è fatto riferimento e direttamente applicabili in Spagna ai sensi dell’art. 96 co. 1 Cost. – mostrano sul piano della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa rischia di pregiudicare l’impegno profuso in sede di cooperazione sovranazionale e di dare adito a declaratorie di inutilizzabilità, ove le modalità di esecuzione dell’attività richiesta non risultino in linea con i principi fondamentali dello Stato richiedente.

Secondo l’orientamento della giurisprudenza consolidata, tuttavia, i tribunali spagnoli non possono dubitare della legalità del procedimento seguito nello Stato richiesto per l’acquisizione della prova, né possono dichiarare l’inutilizzabilità del materiale probatorio ottenuto in uno Stato straniero per vizi procedurali denunciati dalle parti.

Le Corti spagnole hanno, infatti, sempre ritenuto spendibili nella dinamica

³⁹⁸ Il pubblico ministero spagnolo (*Ministerio fiscal*) non fa parte del *Poder Judicial*, cui appartengono solo «*Jueces y Magistrados*» (art. 117, commi 1 e 3 Cost.), e non gode, dunque, delle garanzie di indipendenza interna e inamovibilità spettanti a detti organi. Il p.m. spagnolo si configura, piuttosto, come un organo pubblico «*colaborador de la jurisdicción*», il cui statuto è regolato dalla *Ley 30 diciembre 1981*, n. 50 (*Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*).

Nel processo penale spagnolo esistono altre tre parti accusatrici oltre all’*acusador público*: l’*acusador popular*, l’*acusador particular* e l’*acusador privado*. Il primo è qualsiasi cittadino spagnolo che, pur non leso dal reato, è legittimato a promuovere l’azione in relazione a qualunque illecito procedibile d’ufficio (*ilícito público*); il secondo è la persona offesa, anche straniera, titolata ad esercitare l’azione penale sia per i reati procedibili d’ufficio che a querela (*ilícitos semipúblicos*); il terzo è il soggetto offeso da un *ilícito privado* – categoria che al momento ricomprende unicamente i reati di calunnia e ingiuria commessi in danno di privati cittadini (art. 215 *Cod. penal*) – in relazione ai quali può esercitare in proprio l’azione penale, sostenendola da solo durante tutto l’arco del processo. Nell’ambito della cooperazione internazionale, il pubblico ministero spagnolo è competente per il compimento degli atti (tranne, come è stato già osservato, per quelli che comportino una limitazione dei diritti fondamentali) che gli siano richiesti dalle autorità giudiziarie estere. Del pari, è competente per sollecitare il compimento all’estero degli atti finalizzati all’acquisizione probatoria.

processuale interna le prove raccolte all'estero da autorità straniera conformemente al principio del *locus regit actum* (o *lex loci*), sebbene le modalità di acquisizione di quelle stesse prove, in Spagna, sarebbero state del tutto o in parte differenti³⁹⁹.

La Suprema Corte spagnola ha tradizionalmente accordato prevalenza, nei casi transfrontalieri, alla *lex loci*, ritenendo valide modalità di acquisizione della prova che se, in vicende tutte domestiche, fossero poste in essere nel territorio dello Stato richiedente, condurrebbero a declaratorie di inutilizzabilità.

Un esempio in questo senso è dato dalla disciplina spagnola in tema di lotta al traffico di sostanze stupefacenti; ai sensi della normativa interna, solo un giudice può autorizzare l'apertura di pacchi sospetti per verificarne il contenuto⁴⁰⁰.

In altri Paesi, invece, detta operazione è sovente disposta dal pubblico ministero e, alle volte, pure dalla polizia e da funzionari doganali.

Così, è capitato spesso che la Spagna rendesse sentenze di condanna sulla base di prove acquisite altrove conformemente alla *lex loci* (autorizzazione all'apertura di pacchi sospetti promanante da agenti di polizia o da funzionari doganali), pure se non del tutto in linea con le modalità di acquisizione previste dalla *lex fori* (che in tema di lotta al traffico di stupefacenti, nei casi domestici, impone, a pena di inutilizzabilità, l'autorizzazione giudiziale).

La Corte Suprema spagnola, in casi del genere, ha affermato la legittimità delle sentenze di condanna basate su prove formatesi all'estero in applicazione del principio del *locus regit actum*, rigettando l'assunto secondo cui, se solo l'operazione avesse avuto luogo per intero in Spagna, non si sarebbe potuti giungere a una pronuncia di colpevolezza, stante l'inutilizzabilità delle prove formatesi in distonia con quanto previsto dalla normativa interna.

Le Corti spagnole hanno sostenuto che non c'è ragione di dubitare della legalità delle modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto dimostrando così, però, non solo scarsa considerazione per i diritti fondamentali della persona – che «non possono, certamente, venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato richiedente»⁴⁰¹ – ma anche per previsioni come quella di cui all'art. 4 della Convenzione di Bruxelles, che consente all'autorità

³⁹⁹ F. Gascón Inchausti, 2012, p. 475 e ss.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, 2012, p. 475 e ss.

⁴⁰¹ M. R. Marchetti, 2005, p. 43.

richiedente di partecipare – a certe condizioni – al compimento dell’atto rogato e di suggerire, all’occorrenza, gli accorgimenti necessari per l’utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all’estero.

3. L’attuazione della decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove e della Direttiva relativa all’ordine europeo di indagine penale

Solo di recente, nel tentativo di adattare la disciplina alle mutate esigenze della giustizia penale, la Spagna ha adottato la *Ley 23/2014 (LA LEY17707/2014)*, che ha recepito nell’ordinamento giuridico spagnolo tutti gli strumenti attuativi del principio del reciproco riconoscimento.

In particolare, con la *Ley 23/2014* il legislatore spagnolo ha anzitutto – per quel che a noi interessa – dato attuazione alla decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove e sebbene detta decisione sia stata abrogata⁴⁰², alla Spagna si deve comunque il merito di essere stato uno dei pochi Paesi ad aver recepito lo strumento che per primo – in linea con la decisione assunta in occasione del Consiglio europeo di Tampere – ha posto a fondamento della cooperazione giudiziaria in ambito probatorio il principio del mutuo riconoscimento.

Con l’introduzione del mandato europeo di ricerca della prova si era inteso, quindi, introdurre una nuova forma di assistenza non rogatoriale tra le diverse autorità interessate basata, appunto, sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Nel regolamentare detto strumento, la legge riproponeva la struttura della decisione quadro, già nel lavoro analizzata e cui pertanto si rinvia.

L’istituto del mandato europeo di ricerca della prova prestava, però, il fianco ad alcuni rilievi critici. Questo era, infatti, volto all’acquisizione delle sole prove precostituite – ossia del materiale probatorio già in possesso dell’autorità di esecuzione e formatosi secondo le regole della *lex loci* – e v’era il pericolo che l’atto, per le modalità con cui era stato ottenuto, risultasse inutilizzabile nel processo penale di destinazione.

⁴⁰² La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove è stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Per evitare simili rischi, e al fine di dare attuazione alla direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'ordine europeo di indagine penale – che è oggi, senza dubbio, il principale strumento di acquisizione transfrontaliera delle prove – è stata adottata in Spagna la *Ley* 3/2018 (*LA LEY* 9482/2018), che modifica la *Ley* 23/2014 (*LA LEY* 17707/2014) sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea.

La legge, in particolare, ha provveduto non solo a modificare alcune disposizioni della *Ley* 23/2014 per adattare la disciplina esistente alle novità introdotte dalla direttiva 2014/41/UE ma ha anche provveduto alla riscrittura del *Título X* (artt. 186-223), per assicurare, in conformità con le esigenze del mutuo riconoscimento, la rapidità e l'efficienza della collaborazione tra autorità giudiziarie in materia di acquisizione della prova all'estero.

L'esigenza di adeguare la disciplina vigente alle nuove istanze della cooperazione era d'altronde sempre più avvertita; basti solo pensare che – come detto – il sistema processuale spagnolo è ancora oggi regolato dalla *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882, e che sebbene a detta normativa abbiano fatto seguito numerosi interventi novellistici tesi ad attuare i principi sanciti dalla Costituzione democratica del 1978 e dalle Convenzioni internazionali, nessuna legge – prima della *Ley* 3/2018 – regolamentava compiutamente l'assistenza giudiziaria penale e questo obbligava le alte Corti spagnole a un costante e continuo lavoro di interpretazione e di adattamento.

La *Ley* 3/2018 ripropone la struttura della direttiva; alla disciplina di carattere generale (da art. 186 ad art. 194 e da art. 205 ad art. 213), segue la regolamentazione dei singoli atti di indagine (da art. 195 ad art. 204 e da art. 214 ad art. 223).

L'obiettivo è quello di agevolare la raccolta di elementi di prova in un contesto transfrontaliero e di promuoverne l'ammissibilità davanti al giudice, per affidare le sorti della cooperazione al principio secondo il quale – in un clima di fiducia reciproca tra gli Stati e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie – la decisione resa da uno Stato membro sarà tale da essere accettata equivalente a quella che avrebbe adottato lo Stato interessato.

Ciò spiega il perché – da un certo momento in poi – il mutuo riconoscimento sia stato inteso quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale e posto a fondamento della stessa.

La *Ley 3/2018* definisce l'ordine europeo d'indagine come una decisione giudiziaria emessa da un'autorità competente di uno Stato membro – “Stato di emissione” – ed immediatamente eseguita, fatta salva la possibilità di invocare motivi di rinvio o di rifiuto tassativamente elencati, da un'autorità competente di un diverso Stato membro – “Stato di esecuzione” –.

La trasmissione ha luogo direttamente tra le autorità giudiziarie competenti allo scopo di agevolare l'instaurazione di rapporti più agili.

Al fine di ridurre i tempi di esecuzione, si prevedono termini stringenti, dovendo, la decisione sul riconoscimento, essere adottata «il più rapidamente possibile e comunque (...) entro trenta giorni dalla ricezione dell'ordine investigativo europeo» e, l'atto richiesto, essere compiuto senza ritardo (non oltre 90 giorni dalla decisione sul riconoscimento dell'ordine)⁴⁰³.

È fatta salva la possibilità, per ragioni procedurali o altre circostanze particolarmente urgenti, che l'autorità di emissione indichi un termine di esecuzione più breve, o addirittura, la data specifica del compimento dell'atto di indagine.

La legge, attuando la direttiva, prevede così l'instaurazione di una forma di “dialogo necessario” tra le autorità giudiziarie coinvolte, dovendo l'autorità di esecuzione comunicare, all'autorità di emissione, le ragioni che eventualmente non le consentano di eseguire l'ordine entro il termine indicato, nell'ottica di giungere – eventualmente – a una soluzione condivisa⁴⁰⁴.

Quanto alle modalità di esecuzione dell'OEI, la Direttiva recepisce quanto già previsto dalla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea⁴⁰⁵, prevedendo l'osservanza delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, con il limite del conflitto “con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione”⁴⁰⁶.

La previsione, ripresa dalla legge di attuazione e in un contesto in cui emergono i limiti del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri, risponde all'intento di contemperare tra contrapposte esigenze, ossia tra la necessità di garantire l'utilizzabilità della prova nello Stato di emissione e quella di salvaguardare i diritti fondamentali dello Stato

⁴⁰³ L. Bachmaier, 2015, p. 47 e ss.

⁴⁰⁴ J. Villodre López, 2018, p. 1 e ss.

⁴⁰⁵ Art. 4, paragrafo 1, Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea.

⁴⁰⁶ Art. 9, par. 2, della direttiva 2014/41/UE.

di esecuzione.

In quest'ottica, per assicurare l'efficienza della cooperazione, si è osservato come l'autorità di emissione debba però limitarsi a indicare soltanto quelle formalità che siano strettamente funzionali alla successiva utilizzazione della prova⁴⁰⁷.

Se ci si pone poi dalla prospettiva dello Stato di esecuzione, la questione più complessa è stabilire come interpretare il limite costituito dai "principi fondamentali"; qui, il riferimento è sicuramente ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

La necessità di circoscrivere la possibilità, per l'autorità di esecuzione, di non osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione solo in caso di contrarietà delle stesse ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato di esecuzione risponde all'intento di evitare che possa risultare pregiudicata la collaborazione tra le autorità in tema di acquisizione della prova all'estero.

Nell'ottica di garantire l'ammissibilità nello Stato di emissione del materiale probatorio raccolto all'estero, la *Ley 3/2018* ammette pure la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo, con la possibilità – per quest'ultima – di suggerire, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova.

Un dato che preoccupa è la scarsa attenzione riservata alle garanzie partecipative; sebbene sia prevista la possibilità che l'indagato, l'imputato e il difensore sollecitino l'autorità giudiziaria competente ad emettere un ordine europeo di indagine penale, la legge tace su qualsivoglia profilo di intervento o coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale⁴⁰⁸.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore non possa assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero⁴⁰⁹.

A tutela del diritto di difesa è, tuttavia, espressamente consentito che le parti interessate dispongano dei «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli che sarebbero disponibili in un caso nazionale analogo contro l'atto d'indagine in

⁴⁰⁷ J. Villodre López, 2018, p. 2 e ss.; A. Mangiaracina, 2018, p. 163.

⁴⁰⁸ L. Bachmaier, 2018, p. 56 e ss.

⁴⁰⁹ D. Vilas Alvarez, 2018, p. 64 e ss.; G. Fiorelli, 2013, p. 714 e ss.

questione»⁴¹⁰.

In questo scenario, la nuova disciplina spagnola ammette anche la possibilità che il *Ministerio fiscal* adotti un ordine investigativo penale, a condizione però che gli atti di indagine ivi disposti non compromettano i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁴¹¹.

Malgrado poi il proposito di circoscrivere i casi di rifiuto a poche tassative ipotesi, la legge prevede più motivi di non riconoscimento, con formulazioni generiche, dai contorni ampiamente sfumati, che danno luogo – in Spagna – a una serie indeterminata di cause ostative, che certo non agevola la cooperazione penale in materia di acquisizione probatoria.

Volgendo lo sguardo, infine, ai singoli atti di indagine regolamentati dalla normativa spagnola, giova osservare come questi ricalchino perlopiù la disciplina dettata dalla Convenzione di Bruxelles del 2000, che la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale ha sostituito nell'intento di rimuovere la frammentarietà del sistema, ma che continuerà ad applicarsi ai rapporti di assistenza giudiziaria che interessano gli Stati membri non vincolati dalla direttiva 2014/41/UE⁴¹², nonché ai Paesi firmatari della Convenzione di Bruxelles non appartenenti all'Unione europea.

Solo un cenno merita la regolamentazione dell'esame mediante videoconferenza, annoverabile tra le nuove modalità di acquisizione della prova, che consentono – a certe condizioni – l'applicazione della *lex fori* in sede di formazione della prova all'estero.

Nel dettare la disciplina, tuttavia, la legge stabilisce che l'autorità giudiziaria debba accordarsi con quella di emissione sulle modalità di audizione del dichiarante.

La previsione, come già evidenziato in altre parti del lavoro, non sembra perfettamente in linea con il principio di legalità, che esige la puntuale predeterminazione delle regole da seguire nell'esame tramite videoconferenza.

Nel prevedere, inoltre, che l'esame a distanza mediante videoconferenza sia condotto direttamente dall'autorità di emissione, la legge ammette anche la

⁴¹⁰ J. Villodre López, 2018, p. 2 e ss.

⁴¹¹ Il pubblico ministero spagnolo non fa infatti parte del *Poder Judicial*, cui appartengono solo «*Jueces y Magistrados*», qualificandosi, piuttosto, come un «*colaborador de la jurisdicción*». I. Flores Prada, 2010, p. 349 e ss.

⁴¹² Irlanda e Danimarca non hanno aderito alla direttiva. L'Irlanda, inoltre, non ha ratificato la Convenzione di Bruxelles del 2000.

possibilità che l'audizione avvenga sotto la direzione dell'autorità di emissione. Pure in questo caso, la regolamentazione non pare conforme al canone di legalità, posto che non è chiaro in che misura l'autorità giudiziaria di esecuzione possa contribuire – sia pure sotto il controllo di quella straniera di emissione – all'acquisizione della prova dichiarativa.

Sez. III

L'assistenza giudiziaria probatoria nel diritto comparato

Sommario

1. Premessa
2. Il problema dell'utilizzabilità
3. Le garanzie partecipative di indagato e imputato nella fase di assunzione della prova all'estero

1. Premessa

L'analisi della normativa interna di Italia e Spagna in tema di assistenza giudiziaria probatoria ha permesso di cogliere il modo con cui questa sia stata per molto tempo intesa dal legislatore nazionale, che solo di recente ha mostrato, per la materia della cooperazione internazionale in ambito penale, maggiore attenzione e una più accentuata sensibilità.

La disciplina codicistica concernente i rapporti giurisdizionali con autorità straniere ha faticato, non poco, nei due Paesi, ad affermarsi in termini di specificità normativa.

Da un lato, infatti, in Italia, solo con il codice di procedura penale del 1930, la materia ha trovato – in qualche modo – un più organico assestamento, riservando il legislatore di allora al tema della assistenza giudiziaria probatoria un'autonoma collocazione in un Libro apposito – il Libro V –, interamente dedicato al tema dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere. I primi codici delineavano, invece, i tratti dell'istituto solo in maniera sintetica e unitamente all'extradizione.

Dall'altro, giova ricordare come, in Spagna, il sistema processuale sia ancora oggi regolato dalla *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882, anche se, nel tempo, sottoposta a modifiche e a integrazioni nel tentativo di adattare la disciplina processualistica alle mutate esigenze della giustizia penale.

In particolare, alla LECrim hanno fatto seguito numerosi interventi novellistici tesi ad attuare i principi sanciti dalla Costituzione democratica del 1978 e dalle Convenzioni internazionali che, ai sensi dell'art. 96 co. 1 Cost., costituiscono – in Spagna – normativa direttamente applicabile.

Malgrado le numerose riforme succedutesi nel tempo, nessuna disposizione della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* regola, però, adeguatamente l'assistenza giudiziaria penale.

Pure gli interventi di riforma da ultimo varati⁴¹³, nell'uno e nell'altro Paese, non risolvono del tutto e in via definitiva i problemi che da sempre ostano al buon

⁴¹³ Ci si riferisce, per l'Italia, al d.lgs. n. 5 aprile 2017, n. 52, adottato in forza della legge delega n. 149 del 2016, che autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare e a provvedere per l'esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, e al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, con cui si è data attuazione alla direttiva 2014/41/UE; per la Spagna, invece, alla *Ley 3/2018 (LA LEY 9482/2018)*, che modifica la *Ley 23/2014 (LA LEY 17707/2014)* sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea.

funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

In Italia, suscita ad esempio non poche perplessità non solo il “singolare” atteggiamento del legislatore di non dare attuazione agli obblighi di carattere sovranazionale ma anche la tendenza dello stesso a ridurre la portata innovativa degli accordi mediante una disciplina interna che ne modifica sensibilmente l’operatività e la portata⁴¹⁴.

Esempi, dell’uno e dell’altro caso, sono dati rispettivamente dalla legge n. 149 del 2016 e da quella n. 367/2001, di ratifica ed esecuzione dell’accordo italo-svizzero. Con la prima si è provveduto ad attuare, con un considerevole ritardo, la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea del 29 maggio 2000.

Resta dubbia l’utilità di ratificare solo nel 2016 uno strumento del 2000, che pure ha rivestito sempre grande importanza nello studio della materia, tanto da aver rappresentato – per le novità procedurali che esso contiene rispetto alle forme tradizionali di assistenza giudiziaria internazionale – il punto di riferimento per i successivi interventi legislativi intrapresi a livello sovranazionale.

Con la seconda, invece, il legislatore italiano ha inciso in maniera significativa sul regime di utilizzabilità delle prove raccolte all’estero mediante rogatoria, prevedendo la sanzione dell’inutilizzabilità per tutta una serie di ipotesi tipizzate nel previgente art. 729, modificando, in tal modo, il precedente assetto normativo improntato al c.d. *favor rogatoriae*, in spregio all’intento di rendere più agevole e spedita la cooperazione penale tra Stati contraenti.

Malgrado dunque gli intenti della riforma di rendere più agevoli i rapporti di collaborazione tra le autorità giudiziarie dei due paesi, la legge n. 367/2001 aveva finito col dettare regole processuali improntate a un regime di tendenziale inutilizzabilità della prova rogata, atto a vanificare unilateralmente – senza un’interpretazione che rendesse le novità di legge compatibili con gli scopi della cooperazione penale tra Stati – l’impegno profuso da altro Stato in sede di esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria promanante dall’autorità italiana.

In Spagna, invece, non convince del tutto l’orientamento della giurisprudenza consolidata, la cui continua opera di interpretazione si è resa necessaria per adattare la disciplina alle moderne esigenze del giusto processo.

⁴¹⁴ M. R. Marchetti, 2005, p. 3 e ss.

Più in particolare, i tribunali spagnoli tendono a non dubitare della legalità del procedimento seguito nello Stato richiesto per l'acquisizione della prova, né dichiarano l'inutilizzabilità del materiale probatorio ottenuto in uno Stato straniero per vizi procedurali denunciati dalle parti.

Le Corti spagnole hanno, infatti, sempre ritenuto spendibili nella dinamica processuale interna le prove raccolte all'estero da autorità straniere conformemente al principio del *locus regit actum* (o *lex loci*), sebbene le modalità di acquisizione di quelle stesse prove, in Spagna, sarebbero state del tutto o in parte differenti, a pena di inutilizzabilità.

La Corte Suprema spagnola ha affermato – nei casi transfrontalieri – la legittimità delle sentenze di condanna basate su prove formatesi all'estero in applicazione del principio del *locus regit actum*, rigettando l'assunto secondo cui, se solo l'operazione avesse avuto luogo per intero in Spagna, non si sarebbe potuti giungere a una pronuncia di colpevolezza, stante l'inutilizzabilità delle prove formatesi in distonia con quanto previsto dalla normativa interna.

La giurisprudenza ha cioè ritenuto che non c'è ragione di dubitare della legalità delle modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto dimostrando così, però, non solo scarsa considerazione per i diritti fondamentali della persona – che non possono, certamente, venir sacrificati per il solo fatto che l'acquisizione probatoria ha luogo in uno Stato straniero anziché, come di regola, sul territorio dello Stato richiedente – ma anche per previsioni come quella di cui all'art. 4 della Convenzione di Bruxelles, che consente all'autorità richiedente di partecipare – a certe condizioni – al compimento dell'atto rogato e di suggerire, all'occorrenza, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La preoccupazione è che la Spagna riponga eccessiva fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi, senza verificare – nei casi di acquisizione della prova all'estero secondo il principio della *lex loci* – l'effettivo rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Impostazioni assolutizzanti – come ad esempio ritenere *tout court* valide le modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto, senza verificare con attenzione se, nel caso concreto, siano stati rispettati i diritti di difesa di indagato e imputato – rischiano di comportare arretramenti sul piano delle

garanzie, oltre che di dare esiti giudiziari differenti a seconda che l'acquisizione probatoria abbia luogo in uno Stato straniero o nel territorio dello Stato richiedente.

Anche però gli interventi da ultimo varati⁴¹⁵ nell'uno e nell'altro Paese non risolvono del tutto i problemi che da sempre ostano al buon funzionamento della cooperazione penale tra autorità giudiziarie.

2. Il problema dell'utilizzabilità

Uno dei tradizionali problemi dell'assistenza giudiziaria probatoria è quello relativo all'utilizzabilità della prova raccolta all'estero.

Per garantire l'ammissibilità nello Stato di emissione della *overseas evidence* ed evitare impostazioni a monte assolutizzanti – che scontano il limite di ritenere valide modalità di acquisizione della prova all'estero solo perché conformi alla *lex loci* a prescindere dalla verifica circa l'effettivo rispetto delle garanzie partecipative –, gli interventi di riforma da ultimo attuati nei due Paesi introducono previsioni che puntano al coinvolgimento delle autorità di emissione nell'attività di acquisizione della prova transnazionale.

Si fa in particolare riferimento al “dovere” – ammesso dalle due normative nazionali in conformità con quanto disposto dalla Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale – dell'autorità di esecuzione di tener conto delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione (sempre che, queste, non contrastino con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro di esecuzione) e alla possibilità per l'autorità di emissione di partecipare al compimento dell'atto investigativo nell'ottica di suggerire gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova.

Simili previsioni postulano un impegno serio dell'autorità di emissione che, nella fase di assunzione della prova all'estero, deve comunque garantire i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

D'altronde anche le nuove modalità di acquisizione diretta di prove penali

⁴¹⁵ Faccio in particolare riferimento, per l'Italia, al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, con cui si è data attuazione alla direttiva 2014/41/UE, e, per la Spagna, alla Ley 3/2018 (LA LEY 9482/2018), che modifica la Ley 23/2014 (LA LEY 17707/2014) sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea.

all'estero – disciplinate dalle legislazioni dei due Paesi – che pure rispondono all'intento di assicurare l'utilizzabilità della prova, destano qualche perplessità.

Così ad esempio previsioni come quella che consente alle autorità giudiziarie – nel caso di audizione tramite videoconferenza – di accordarsi sulle modalità di volta in volta da attuare nell'esame a distanza del dichiarante non appaiono perfettamente in linea con il principio di legalità, che esige invece la puntuale predeterminazione delle regole da seguire.

3. Le garanzie partecipative di indagato e imputato nella fase di assunzione della prova all'estero

Preoccupa anche la scarsa considerazione riservata ai diritti difensivi dei soggetti coinvolti, primi fra tutti indagati e imputati.

Per un verso, infatti, le normative interne di attuazione della Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale, prevedendo che indagato, imputato e difensore possano solo sollecitare l'autorità giudiziaria competente ad emanare un ordine europeo di indagine penale, finiscono con l'ammettere la facoltà per la difesa di ottenere prove all'estero a favore del proprio assistito solo a condizione di una previa attivazione in tal senso da parte del giudice o del pubblico ministero. Ciò rischia di alterare l'equilibrio processuale tra le parti in danno dei diritti di difesa dell'accusato, specie se l'ordine europeo di indagine penale promani, ove a ciò legittimato, dal pubblico ministero che è l'organo deputato alla conduzione delle indagini penali. La preoccupazione è, in altre parole, che si determinino ricadute negative sugli equilibri delle indagini e sulla libertà di gestione delle investigazioni difensive.

Per l'altro, le riforme da ultimo attuate non regolamentano in alcun modo l'intervento o il coinvolgimento del difensore nell'attività investigativa transnazionale.

Come, infatti, già ricordato, si ammette esclusivamente la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo – partecipazione che l'autorità di esecuzione può negare solo postulando la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento – ma non anche quella della difesa che, seppur non esclusa, non viene riconosciuta dai nuovi testi normativi.

In assenza di espressa regolamentazione, c'è il rischio, quindi, che il difensore possa non assistere alle operazioni investigative o accedere prontamente agli atti del processo, con pregiudizio per le garanzie di partecipazione, anche nell'ottica dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

La scelta di rimettere l'effettività dell'assistenza difensiva all'iniziativa dell'autorità di emissione appare in contrasto con l'obiettivo di migliorare la collaborazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea; obiettivo che – premessa la fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati membri di garantire processi equi – aveva appunto portato all'emanazione dei più recenti interventi di riforma, dai quali era lecito attendersi una più attenta regolamentazione delle garanzie partecipative, nell'ottica di garantire una migliore qualità della assistenza probatoria penale.

Capitolo 4

L'assistenza probatoria internazionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo

Sommario

1. Premessa
2. Il diritto al confronto nei casi transnazionali
3. Il problema della legge applicabile tra *lex loci* e *lex fori*
4. L'utilizzabilità della *overseas evidence*
5. Le modalità di attuazione del confronto dialettico tra le parti
6. La compatibilità tra metodi alternativi di acquisizione della prova e le garanzie della CEDU: la partecipazione dell'imputato al dibattimento mediante videoconferenza in casi transnazionali
7. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Sebbene abbiano rappresentato un passaggio importante nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova, la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, prima, e la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, poi, hanno evidenziato i limiti del mutuo riconoscimento senza un'opera di armonizzazione a monte tra le legislazioni degli Stati membri in tema di diritto probatorio.

La decisione quadro 2008/978/GAI, volta all'acquisizione delle sole prove precostituite – ossia del materiale probatorio in possesso dell'autorità di esecuzione – recava, infatti, con sé il rischio che l'atto, già acquisito secondo le regole della *lex loci*, risultasse inutilizzabile nel processo penale di destinazione⁴¹⁶.

Del pari, la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, malgrado gli sforzi profusi⁴¹⁷, non risolve del tutto il problema dell'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero. La possibilità per l'autorità di esecuzione di optare per un atto di indagine diverso da quello indicato nell'ordine, quando l'atto richiesto non sia previsto dalla legislazione dello Stato di esecuzione ovvero non sia disponibile in un caso nazionale analogo, determina qualche problema in punto di ammissibilità e utilizzabilità delle prove nello Stato di emissione.

Può accadere, infatti, che le regole di raccolta della prova, proprie dello Stato di esecuzione, siano contrastanti con quelle previste dallo Stato di emissione e che tale divergenza si ripercuota proprio sulla spendibilità del risultato probatorio raccolto all'estero.

Un dato che preoccupa, sempre sul piano dell'utilizzabilità degli atti, è la scarsa attenzione riservata alle garanzie partecipative, alle quali la direttiva dedica solo un breve accenno.

Il principio del mutuo riconoscimento avrebbe, allora, a ben vedere, richiesto a monte – per la piena utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero – la previa armonizzazione delle normative nazionali.

⁴¹⁶ La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove è stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

⁴¹⁷ Previsione di limitati e circoscritti motivi di rifiuto; partecipazione dell'autorità di emissione al compimento dell'atto investigativo, con la possibilità di suggerire, al momento dell'espletamento dell'ordine investigativo, gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità della prova; possibilità di acquisizione diretta di prove penali all'estero secondo le regole della *lex fori*.

Si è però osservato come l'obiettivo sia ambizioso e di difficile realizzazione; malgrado ciò, si auspica l'elaborazione di alcune norme minime volte a stabilire «i presupposti irrinunciabili» della reciproca ammissibilità della prova⁴¹⁸.

Per raggiungere il fine della ammissibilità reciproca probatoria, si è detto che i vari Stati dell'Unione dovrebbero accontentarsi di «codificare una tavola di regole comuni imprescindibili», seguendo la prospettiva dello *standard* minimo. Tale *standard* sarebbe funzionale al solo ingresso delle prove aliene, mentre ciascuno Stato membro potrebbe poi liberamente prevedere ulteriori criteri per l'utilizzazione o per la valutazione di simili prove, pur senza svuotare di significato la regola della reciproca ammissibilità.

L'art. 82 TFUE⁴¹⁹ rappresenta la base legale per un'opera di armonizzazione che, però, si preannuncia lenta e difficile.

Lo stato dell'arte non contempla, infatti, progressi riferiti a norme minime comuni in tema di ammissibilità reciproca delle prove.

Certamente verso l'armonizzazione è orientata la «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», approvata il 30 novembre 2009 e poi implementata dal Programma di Stoccolma.

Le prime direttive sui diritti di indagati e di imputati, rimaste a lungo inattuato nella veste di decisioni quadro nel vecchio contesto della cooperazione giudiziaria intergovernativa, sono state però varate solo di recente, e i contenuti sono ancora piuttosto modesti⁴²⁰.

Può rivelarsi pertanto estremamente utile analizzare il ruolo che la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha svolto nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto delle prove, tramite l'elaborazione di una serie di criteri finalizzati ad assicurare, attraverso un attento bilanciamento degli interessi di volta in volta in

⁴¹⁸ M. Bargis, 2012, p. 916.

⁴¹⁹ Ai sensi dell'art. 82, paragrafo 2, TFUE, Parlamento e Consiglio stabiliscono, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, «norme minime per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale» in tema di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati, tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

⁴²⁰ Ci si riferisce alla direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, alla direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e alla direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, sul diritto di accesso al difensore nei procedimenti penali e nel mandato d'arresto europeo, e sul diritto a informare i terzi e le autorità consolari sullo stato di privazione della libertà personale.

gioco, adeguata tutela alle garanzie fondamentali dei tanti soggetti coinvolti⁴²¹.

La Corte ha così stabilito, in alcune sue decisioni relative a casi transnazionali, un articolato sistema di norme minime sull'ammissione della prova volto a facilitare la comunicazione tra gli ordinamenti, senza che questo possa tradursi «in una forzata omologazione suscettibile di comportare arretramenti sul piano delle garanzie»⁴²². Resta, infatti, ferma la possibilità, per ciascuno Stato, di predisporre un livello di tutela più elevato di quello desumibile dagli *standard* internazionali.

L'esigenza di un'armonizzazione tra i vari sistemi probatori trova – così – nuovo slancio grazie alla Corte di Strasburgo che, mediante l'individuazione delle garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova, facilita la circolazione delle prove e il raggiungimento degli obiettivi avuti di mira con la cooperazione. In questo senso, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si pone come «fonte indiretta di ravvicinamento della disciplina della prova penale»⁴²³.

2. Il diritto al confronto nei casi transnazionali

Il tema delle garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova dichiarativa è delicato e presuppone, da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo, un'attenta opera di bilanciamento tra i contrapposti interessi dei molteplici soggetti coinvolti.

Un angolo prospettico privilegiato è costituito dal diritto al confronto.

La Corte ha avuto modo di affermare l'importanza di garantire sempre all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico, ritenendo anche ammissibile un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova, a condizione però che siano di volta in volta apprestati contrappesi processuali in grado di compensare i limiti a cui, in situazioni del genere, è inevitabilmente sottoposto il contraddittorio.

Il diritto al confronto è, perciò, sempre stato un parametro tenuto in considerazione dalla Corte per valutare l'equità complessiva di ogni

⁴²¹ Armonizzazione del diritto delle prove che – come puntualmente osservato – sta sviluppandosi non solo per via normativa, ma anche per via giudiziaria. A. Balsamo – S. Recchione, 2010, p. 3626.

⁴²² A. Balsamo – S. Recchione, 2010, p. 3620 e ss.

⁴²³ *Ibid.*, 2010, p. 3626.

procedimento; l'impossibilità per l'accusato o per il suo difensore di interrogare o fare interrogare le persone che abbiano reso deposizioni a carico determina una compromissione dei diritti di difesa ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Così, nel tentativo di assicurare il maggior grado di effettività possibile ai diritti dei tanti soggetti coinvolti, la Corte ha stabilito, in alcune sue decisioni relative a casi transnazionali, un articolato sistema di norme minime sull'ammissione della prova volto a facilitare la comunicazione tra gli ordinamenti.

La giurisprudenza di Strasburgo ha cioè ribadito la necessità per un verso di evitare impostazioni assolutizzanti (come ad esempio quella di ritenere sempre spendibili nella dinamica processuale interna prove assunte all'estero conformemente alla *lex loci*) che rischiano di comportare arretramenti sul piano delle garanzie, per altro quella di assicurare la giusta tutela ai diritti difensivi dei soggetti coinvolti.

Già in un caso del 1973⁴²⁴, la Commissione europea affermò per la prima volta l'importanza del diritto al confronto anche nell'ipotesi di prove assunte all'estero. In particolare, nella vicenda in esame, i ricorrenti venivano condannati sulla base di testimonianze rese all'estero senza che fosse loro assicurato il contraddittorio; l'Austria aveva cioè basato la propria decisione di condanna su una prova formatasi all'estero conformemente alla *lex loci*, che non aveva garantito l'esercizio del diritto al confronto.

Nel ritenere spendibili nella dinamica processuale interna prove assunte all'estero in applicazione del principio del *locus regit actum*, l'ordinamento austriaco aveva di fatto finito con l'attribuire prioritaria importanza all'esigenza di non frustrare, con una declaratoria di inutilizzabilità, lo sforzo profuso in sede di cooperazione internazionale.

All'epoca dei fatti, peraltro, era in vigore solo la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 che, come ricordato in altre parti del lavoro, è un accordo internazionale di stampo tradizionale in cui è dato riscontrare tutti gli elementi storicamente caratterizzanti la cooperazione interstatale in materia di acquisizione probatoria transnazionale e che non garantisce, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, la partecipazione della difesa. Proprio su quest'ultimo argomento aveva fatto leva il Governo

⁴²⁴ Commissione Europea, 27 settembre 1976, X., Y. e Z. c. Austria.

austriaco nell'opporsi ai ricorrenti.

La Commissione europea ha, nella vicenda in esame, per la prima volta affermato che lo Stato richiedente non può esimersi dal verificare l'effettivo rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti anche nei casi di acquisizione della prova all'estero secondo il principio della *lex loci*.

Se è vero che nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa la partecipazione del difensore all'espletamento dell'atto rogato è vista come una presenza passiva, e consentita peraltro alla sola condizione che la Parte richiesta vi acconsenta, per la Commissione europea è compito dell'autorità giudiziaria richiedente di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori) al compimento dell'atto rogato.

Spetta, infatti, sempre all'autorità richiedente verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova⁴²⁵.

Ai fini della utilizzabilità di un atto non basta che questo risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui è stato assunto, ma occorre anche che dette modalità non si pongano in contrasto con le leggi proprie di ciascun ordinamento afferenti all'esercizio inderogabile dei diritti della difesa⁴²⁶.

Non possono, allora, essere condivise quelle affermazioni⁴²⁷ secondo cui le prove formatesi nel rispetto della *lex loci*, così come previsto dalla Convenzione del 1959, siano, per ciò stesso, pienamente utilizzabili, dovendosi invece valutare – alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente – la non contrarietà, ai principi fondamentali, dell'atto assunto per rogatoria.

In questo senso, il contraddittorio è inteso «come unico metodo di formazione credibile dei risultati conoscitivi del processo penale»⁴²⁸, e limitazioni di questo diritto sono ammissibili solo se compensate da adeguati meccanismi procedurali in grado di assicurare l'equità complessiva del giudizio.

⁴²⁵ Analoghe considerazioni sono poi sviluppate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Stojkovic c. Francia e Belgio* (n. 25303/08), che si avrà modo di analizzare più avanti.

⁴²⁶ Anche se queste conclusioni non valgono in assoluto. Esistono, infatti, ordinamenti europei (v. l'orientamento giurisprudenziale consolidato esistente in Spagna) dove, in sede di valutazione di ammissibilità di "overseas evidence", ci si limita piuttosto alla sola verifica concernente il rispetto della *lex loci*.

⁴²⁷ Commissione Europea, 27 settembre 1976, X., Y. e Z. c. Austria.

⁴²⁸ C. Cesari, 2009, p. 257.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha anche in altri casi transnazionali ribadito che il proprio compito è quello di accertare se il procedimento nel suo insieme sia stato equo.

In particolare, nella vicenda *A.M. c. Italia*⁴²⁹, la Corte ha affermato che quando una condanna è basata esclusivamente o in misura decisiva su deposizioni fatte da persone che l'accusato non ha avuto la possibilità di interrogare o fare interrogare, i diritti della difesa si considerano ristretti in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e il processo non può considerarsi giusto.

L'Italia è stata così condannata per violazione dell'art. 6 CEDU per non aver concesso all'imputato la possibilità di contestare le dichiarazioni assunte all'estero da un minore non esaminato in dibattimento.

La Corte ha cioè osservato come, nel caso di specie, le gravi limitazioni del contraddittorio non siano state compensate da meccanismi procedurali tali da accordare all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le testimonianze a carico assunte poi a fondamento della decisione di condanna.

Il caso *A.M. c. Italia* è importante, però, anche per un'altra ragione che si avrà modo di esaminare nel paragrafo successivo, essendo questa relativa al tema della legge applicabile.

La necessità di garantire il contraddittorio tra le parti e di assicurare il rispetto dei diritti di difesa di indagato e imputato è pure affermata nella decisione *Solakov c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»*⁴³⁰.

La Corte ha ancora una volta ribadito l'assunto secondo cui, sebbene sia in linea di massima auspicabile che le dichiarazioni destinate a un impiego determinante ai fini decisori siano rese in un'udienza pubblica e in contraddittorio, un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova non contrasta di per sé con l'art. 6, paragrafi 1 e 3(d), CEDU, purché sia accordata all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico.

Queste stesse considerazioni sono poi riprese dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in tutta una serie di casi domestici. Anche qui si afferma che non è compito della Corte giudicare la disciplina del procedimento probatorio degli Stati, bensì solo quello di valutare l'equità del procedimento nel suo complesso.

⁴²⁹ Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*.

⁴³⁰ Corte eur., 31 ottobre 2001, *Solakov c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»*. V. S. Ruggeri, 2017, p. 418.

Questa equità ben può comprendere delle deviazioni dal classico svolgimento *adversarial* del procedimento se giustificate da ragioni di tutela di soggetti deboli, ma devono essere in ogni caso apprestati contrappesi processuali in grado di compensare i limiti a cui in situazioni del genere è inevitabilmente sottoposto il contraddittorio⁴³¹.

Il principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti è dunque, tanto nei casi transnazionali quanto in quelli domestici, sempre tenuto in considerazione dalla Corte per valutare l'equità complessiva di ogni

⁴³¹ La Corte europea ha, ad esempio, nel caso *Kostovski* (relativo alla compatibilità della testimonianza anonima con la CEDU) affermato che se da un lato può apparire giustificata la scelta di far pesare la bilancia del procedimento dalla parte dei testimoni per fronteggiare una situazione di fatto pericolosa per l'incolumità dei dichiaranti, dall'altro devono essere apprestati contrappesi processuali in grado di compensare i limiti a cui – in situazioni del genere – è inevitabilmente sottoposto il contraddittorio. La Corte ha così osservato come le gravi limitazioni del contraddittorio, arrecate dalla decisione di mantenere l'anonimato, non siano state compensate da meccanismi procedurali tali da accordare all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le testimonianze a carico. Corte eur., 20 novembre 1989, *Kostovski* c. Paesi Bassi. M. Vogliotti, 1998, p. 851 e ss. Sul punto, v. anche Corte eur., 27 settembre 1990, *Windisch* c. Austria; Corte eur., 26 marzo 1996, *Doorson* c. Olanda; Corte eur., 15 giugno 1992, *Ludi* c. Svizzera; Corte eur., 23 aprile 1997, *Van Mechelen* e altri c. Olanda.

È, però, la sentenza *Al-Khawaja e Tahery* c. Regno Unito della Grande Camera a segnare un punto di svolta nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, che sembrava ormai consolidata nel senso di applicare per tutte le categorie di testimoni assenti un parametro semplice e omogeneo di giudizio, ossia quello della c.d. *sole or decisive rule*, secondo cui quando una condanna è basata esclusivamente o in misura decisiva su deposizioni fatte da persone che l'accusato non ha avuto la possibilità di interrogare o fare interrogare, i diritti della difesa si considerano ristretti in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

La Corte ha in sostanza riconosciuto che dall'utilizzazione di dichiarazioni rese da soggetti non controesaminati dalla difesa non discende automaticamente una violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, anche quando queste costituiscano la prova esclusiva o determinante a carico dell'imputato, se l'equità complessiva del processo possa dirsi assicurata da solide salvaguardie procedurali che, permettendo comunque di corroborare l'attendibilità della dichiarazione resa da chi poi non abbia depresso in sede dibattimentale, possano condurre alla conclusione che l'esercizio del contraddittorio non avrebbe garantito un risultato apprezzabilmente dissimile.

Quanto ai concetti di “prova unica o determinante”, questi non differiscono molto: nei fatti, i termini “determinante” o “decisiva”, si avvicinano al concetto di prova “unica” o “esclusiva”.

La differenza sta solo nella circostanza che, mentre il termine “unica” rinvia a una prova che sia la sola a condurre verso la condanna dell'accusato, i vocaboli “determinante” o “decisiva” alludono a situazioni in cui è dato riscontrare anche altri elementi probatori, il cui peso è peraltro piuttosto modesto ai fini della decisione.

Non è ad esempio determinante quella dichiarazione – resa da chi si sia poi sottratto al contraddittorio – che conduca al convincimento della colpevolezza dell'accusato se l'affermazione di responsabilità dell'imputato possa dirsi, pure eliminata mentalmente la testimonianza, ancora sostenuta da sufficienti elementi.

Per cogliere, dunque, il significato di prova unica o determinante in concreto, occorre guardare e pesare gli altri elementi disponibili a sostegno dell'accusa. Cfr. Corte eur., Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery* c. Regno Unito. A. Balsamo, 2013, p. 2837 e ss.; S. Mirandola, 2017, p. 368 e ss.; R. Casiraghi, 2012, p. 3115 e ss.; R. Casiraghi, 2016, p. 2627 e ss.; M. Pollera, 2018, p. 1372 e ss.; R. Casiraghi, 2019, p. 1363 e ss.

Sul punto, v. ancora Corte eur., Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili* c. Germania – che ha il merito di aver stabilito l'esigenza di predisporre solide garanzie procedurali non solo quando la testimonianza posta a fondamento del convincimento del giudice sia da considerarsi prova unica o determinante ma anche quando questa possa dirsi “significativa” – e Corte eur., 23 giugno 2016, *Ben Moumen* c. Italia.

procedimento.

A differenza, però, delle vicende domestiche, i casi transnazionali sollevano maggiori problematiche.

Qui la Corte ha dovuto mediare tra ordinamenti diversi e il suo compito – in assenza di una previa omogeneizzazione delle normative nazionali – non si è rivelato affatto semplice.

Nel ribadire costantemente che non spetta ad essa giudicare la disciplina del procedimento probatorio degli Stati ma solo valutare l'equità complessiva del giudizio, la Corte ha svolto un ruolo importante nel processo di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri in tema di diritto probatorio.

Nell'individuare le garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova all'estero, i giudici di Strasburgo hanno in alcuni casi determinato un miglioramento qualitativo delle discipline nazionali⁴³².

⁴³² Un esempio in tal senso è dato dalla disciplina italiana in tema di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti nei casi di ribaltamento – in appello – della sentenza assolutoria di primo grado, che l'Italia ha mutuato dai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Già a partire dalla nota sentenza *Dan c. Moldavia*, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha infatti stabilito che l'eventuale rivisitazione – in appello – in senso peggiorativo della sentenza assolutoria di primo grado, in mancanza di elementi sopravvenuti, necessita di argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria.

Più in particolare, per riformare la sentenza assolutoria di primo grado non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, ma occorre una forza persuasiva superiore.

E questa forza persuasiva maggiore non è da se sola ravvisabile nella pronuncia del giudice d'appello il quale, come la Corte ha avuto modo di precisare, non ha un'autorevolezza superiore rispetto a quello di primo grado. Al contrario, anche in appello, deve prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive nel rispetto del principio del contraddittorio.

La Corte europea ha così affermato che «se una Corte d'appello è chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza del ricorrente, essa non può, per una questione di giusto processo, determinare correttamente tali aspetti senza una valutazione diretta delle prove». Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan contro Moldavia*, § 33.

Nel caso *Dan c. Moldavia*, la Corte di appello aveva condannato gli imputati precedentemente assolti basandosi su testimonianze decisive ritenute inattendibili dal giudice di prime cure.

Più in particolare, il tribunale di primo grado aveva assolto il ricorrente perché non aveva ritenuto credibili, dopo averli sentiti personalmente, i testimoni che avevano reso dichiarazioni a carico; la Corte d'appello, invece, aveva ribaltato l'esito assolutorio di primo grado basandosi sulle testimonianze decisive dei testi come verbalizzate agli atti, senza procedere all'audizione diretta degli stessi.

La Corte europea, nel verificare se il processo nel suo complesso potesse dirsi equo, ha affermato – in quello che può considerarsi il passaggio chiave della sentenza – «che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e apprezzare la loro attendibilità. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate». Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan contro Moldavia*, § 33.

Dopo la pronuncia in esame resa dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, si è posto più volte il problema della compatibilità delle discipline nazionali con le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

In ogni caso, la Corte europea si è sempre premurata di evitare che detto sistema di norme minime sull'ammissione della prova potesse in qualche misura determinare, per le legislazioni nazionali, un arretramento sul piano delle garanzie.

D'altronde, se è vero che la cooperazione tra autorità giudiziarie in materia probatoria è la condizione prioritaria per l'elaborazione di una valida strategia di contrasto a una realtà criminale dalla dimensione sempre più globale, è altrettanto innegabile che in nessun caso i diritti di difesa di indagati e imputati possono essere sacrificati.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha così mostrato diffidenza nei confronti di quegli ordinamenti che ripongono eccessiva fiducia nella capacità di tutti gli Stati di assicurare processi equi senza verificare, nei casi di acquisizione della prova all'estero secondo il principio della *lex loci*, l'effettivo rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Essa ha così costantemente ribadito che sebbene le autorità richiedenti non possano essere ritenute responsabili per le modalità con cui si svolge l'esame all'estero tuttavia le stesse hanno sempre il dovere di verificare il rispetto del contraddittorio nella fase di formazione della

È stata, ad esempio, sollevata in Italia – dinanzi alla Corte Costituzionale – questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. per contrasto con gli artt. 117 Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui – tale norma – non prevede l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

La Corte Costituzionale ha però sempre ritenuto la questione manifestamente infondata, affermando la compatibilità tra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU – come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo – e l'art. 603 c.p.p.

In particolare, l'art. 6 CEDU – che costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne – implica che il giudice di appello non possa riformare la sentenza impugnata, affermando la responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603 comma 3 c.p.p., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. Il giudice di appello deve dunque – conformemente al principio di diritto enunciato dalla Corte di Strasburgo – procedere sempre alla riassunzione della testimonianza resa in primo grado quando questa sia decisiva e sia stata giudicata non attendibile dal giudice di prime cure.

Il giudice di appello non ha, infatti, "maggiore autorevolezza" di quello di primo grado, sicché «può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorran le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado». Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*.

Sulla base di queste considerazioni, è stato da ultimo introdotto, in Italia, dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), il comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., che prevede il meccanismo di rinnovazione istruttoria nel caso di « appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ».

Conformemente ai principi enunciati dalla Corte di Strasburgo, è stata così espressamente prevista questa ipotesi di rinnovazione istruttoria in appello che si aggiunge dunque a quelle tradizionali già contemplate dall'art. 603 c.p.p. (impossibilità di decidere «allo stato degli atti»; rinnovazione istruttoria in appello quando il giudice ritenga la stessa «assolutamente necessaria»; emersione di prove nuove o scoperte dopo il primo grado).

P. Martines, 2014, p. 3005 e ss.; M. Stellin, 2016, p. 1640 e ss.; A. Balsamo – A. Lo Piparo, 2015, p. 2039 e ss.; I. Scordamaglia, 2012, p. 4151 e ss.

prova⁴³³.

3. Il problema della legge applicabile tra *lex loci* e *lex fori*

Come già sottolineato in altre parti del lavoro, il principio di carattere generale cui è tradizionalmente improntata la disciplina dell'assistenza giudiziaria è quello del *locus regit actum* (o *lex loci*), alla stregua del quale le rogatorie vanno eseguite secondo la legge dello Stato richiesto.

Nel caso *X., Y. e Z. c. Austria* lo Stato richiedente aveva ritenuto utilizzabili, ai fini decisori, prove assunte all'estero senza che fosse assicurato il contraddittorio tra le parti. Per l'Austria il fatto che le prove, su cui poi aveva basato la pronuncia di condanna, fossero state acquisite all'estero conformemente al principio della *lex loci*, era un motivo per ritenere le stesse per ciò solo valide.

La decisione austriaca, che oggi può sembrare contraria a ogni garanzia minima relativa ai diritti di difesa di indagati e imputati, al tempo poteva anche tutto sommato risultare prevedibile e per certi versi "giustificabile", in considerazione dell'esigenza di non frustrare le istanze della cooperazione e stante il fatto che all'epoca fosse in vigore solo la Convenzione europea del 1959 che, nella fase di assunzione della prova penale all'estero, non garantisce la partecipazione della difesa⁴³⁴.

È stata semmai, in quell'occasione, accorta la Commissione europea a pretendere comunque dallo Stato richiedente la verifica circa l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella fase di acquisizione della prova all'estero.

Si è anche ricordato come si sia reso necessario, al fine di garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero, sperimentare nuove modalità di acquisizione della prova che permettessero all'autorità rogante di partecipare al compimento dell'atto e di suggerire, all'occorrenza, forme e procedure specifiche.

La possibilità di applicare, nei rapporti di cooperazione penale tra autorità, la *lex*

⁴³³ V., sul punto, Commissione eur., 27 settembre 1976, *X., Y. e Z. c. Austria*, secondo cui «the Austrian authorities were fully responsible for the form and conduct of this hearing on commission including the question of who should participate at the hearing», e Corte eur., 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*.

⁴³⁴ Non si dimentichi peraltro che esistono, ancora oggi, ordinamenti europei (v. l'orientamento giurisprudenziale consolidato esistente in Spagna) dove, in sede di valutazione di ammissibilità di "overseas evidence", ci si limita alla sola verifica concernente il rispetto della *lex loci*.

fori in luogo della *lex loci* non è, però, sempre valsa ad assicurare lo Stato richiedente dal rischio di censure da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

È quanto ad esempio accaduto in *A. M. c. Italia*⁴³⁵.

A differenza del caso *X., Y. e Z. c. Austria*, in cui lo Stato richiedente si era limitato a considerare valide le modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto senza verificare se nella vicenda concreta fossero stati rispettati i diritti di difesa di indagato e imputato, nel caso ora in esame il pubblico ministero italiano aveva suggerito specifici accorgimenti da seguire nella fase di formazione della prova all'estero.

In particolare, il pubblico ministero italiano aveva espressamente domandato alle autorità statunitensi di non consentire la partecipazione del difensore dell'imputato all'esame e di procedere all'assunzione della prova in difetto di contraddittorio.

Una deroga siffatta restringe, però, i diritti della difesa in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Al contrario, la progressiva attenuazione del principio della *lex loci* e il *favor* più di recente mostrato per la *lex fori* dovrebbero assicurare all'autorità richiedente la possibilità di avvalersi di tutte le facoltà riconosciute dalla CEDU per fare in modo che sia sempre garantito il principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti.

4. L'utilizzabilità della *overseas evidence*

La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha in più occasioni affermato che se le autorità richiedenti non possono essere ritenute responsabili per le modalità di acquisizione della prova all'estero, tuttavia le stesse hanno sempre il dovere di verificare il rispetto del contraddittorio nella fase di formazione della prova.

D'altronde neanche alla Corte spetta giudicare la disciplina del procedimento probatorio degli Stati, ma solo valutare l'equità complessiva del giudizio.

Nel caso *Stojkovic* del 2011⁴³⁶, la Corte ha condannato la Francia per violazione del diritto di difesa di un cittadino serbo verificatosi nel corso di un esame

⁴³⁵ Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*.

⁴³⁶ Corte eur., 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*.

esperito (in assenza di un avvocato) in Belgio su rogatoria francese.

In quest'occasione, si è ritenuto che, sebbene le autorità francesi non potessero essere considerate responsabili per le modalità con cui si era svolto l'esame all'estero, perché esse dovevano rispettare le disposizioni del diritto belga come imposto dagli obblighi internazionali, tuttavia, le stesse, in forza di quanto stabilito nell'art. 1 della CEDU, avevano il compito di garantire l'attuazione e l'applicazione dei diritti e delle libertà fondamentali in quanto Nazione del ricorrente.

La Corte ha cioè sempre ribadito l'importanza, per l'autorità giudiziaria richiedente, di verificare, nei casi transnazionali, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto all'estero lo rendano utilizzabile come prova.

Per concludere nel senso della spendibilità nella dinamica processuale interna di una prova raccolta all'estero, occorre infatti accertare, caso per caso, se questa, per le modalità con cui si è formata, possa o meno essere utilizzata nello Stato rogante.

In questo senso, il parametro che deve essere preso in considerazione nel giudizio concernente l'equità complessiva di un processo non può che essere il contraddittorio, quale unico strumento in grado di consentire valutazioni attendibili sugli elementi probatori utilizzati ai fini decisori.

Per evitare, allora, che l'impegno profuso in sede di cooperazione internazionale possa essere frustrato da una declaratoria di inutilizzabilità, spetta all'autorità richiedente attivarsi per garantire il rispetto dei diritti difensivi anche nel caso di prova assunta all'estero.

La Corte infatti ammette a certe condizioni un allontanamento dalle ordinarie regole di formazione della prova purché sia sempre assicurata l'equità del giudizio nel suo complesso.

Stabilito dunque che l'essenza del giusto processo va ravvisata nel contraddittorio, resta ora da capire quali modalità di assunzione della prova assicurino davvero il confronto dialettico tra le parti.

5. Le modalità di attuazione del confronto dialettico tra le parti

Un problema di inutilizzabilità della prova assunta all'estero si pone tutte le volte in cui sussista incompatibilità tra le modalità di acquisizione del materiale probatorio alla stregua del principio del *locus regit actum* e i principi fondamentali dello Stato richiedente.

Certamente tra questi ultimi va annoverato il contraddittorio che, come peraltro già evidenziato, è «l'unico metodo di formazione credibile dei risultati conoscitivi del processo penale»⁴³⁷, perché assicura il confronto dialettico tra le parti in sede di formazione della prova penale.

La mancata attuazione di un'occasione di confronto esclude infatti l'equità processuale.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo nel ribadire come, in linea di massima, sia auspicabile che le dichiarazioni destinate a un impiego determinante ai fini decisori siano rese in un'udienza pubblica e in contraddittorio, ha sempre precisato che un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova non contrasta di per sé con l'art. 6 CEDU, purché sia data all'imputato un'occasione adeguata per contestare una testimonianza a carico.

La Corte, cioè, non ha mai considerato assolutamente necessario, ai fini della *fairness* processuale, assicurare la contestualità dell'esame e del controesame del dichiarante ad opera della difesa.

In fondo, ciò è anche comprensibile in ragione delle diversità esistenti tra le legislazioni dei vari ordinamenti che non prevedono tutte, al pari dell'Italia, un contraddittorio in senso «forte», concetto questo che richiede che la prova dichiarativa si formi al cospetto delle parti attraverso il metodo dell'esame incrociato.

L'allontanamento però dalle ordinarie dinamiche di formazione della prova desta da sempre qualche perplessità.

Ci si chiede, in particolare, e la questione chiaramente si complica con riferimento ai casi transnazionali, fino a che punto – in presenza di modalità alternative di assunzione della prova – il contraddittorio possa dirsi davvero assicurato e i diritti di difesa non ristretti in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

⁴³⁷ C. Cesari, 2009, p. 257.

La preoccupazione è, in altre parole, che certe affermazioni della Corte, come quella che ammette – a determinate condizioni – un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova, fungano – per gli Stati – da pretesto per giustificare prassi fuorvianti, in cui il confronto dialettico tra le parti è “sacrificato” in nome di esigenze di celerità ed economicità processuale.

In simili ipotesi, la prova assunta con forme non rispettose del contraddittorio assume natura di atto contrario ai diritti fondamentali della difesa, e come tale non può che considerarsi illegittima e inidonea a formare il convincimento del giudice precedente.

La Corte ha avuto buon gioco allora ad affermare, nel caso *Zhukovskiy* del 2011, l’illegittimità della dichiarazione a carico – su cui poi si era basata la decisione di condanna – resa da testi ai quali l’imputato non aveva potuto rivolgere alcuna domanda⁴³⁸.

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato la necessità di garantire alla difesa l’occasione di porre domande al teste, nell’ottica di assicurare il confronto dialettico tra le parti in sede assunzione della prova orale.

In altre parole, quel che è importante, perché possa dirsi equo il processo nel suo complesso, è che alla difesa sia data la possibilità seria di confrontarsi con l’accusatore.

Proprio sul concetto di “possibilità seria” occorre ora soffermarsi.

In un caso domestico, la Corte ha osservato che le gravi limitazioni del contraddittorio, arrecate dalla decisione di mantenere l’anonimato, non erano state compensate da meccanismi procedurali tali da accordare all’imputato un’occasione adeguata e sufficiente per contestare le testimonianze a carico⁴³⁹.

In particolare, la facoltà concessa alla difesa di porre soltanto domande scritte – senza la possibilità di assistere alle reazioni da esse suscitate – e di interrogare i testi solo *de relato* non aveva consentito, ad imputato e indagato, di sollevare dubbi sulla *fides* dei dichiaranti e – quindi – una possibilità concreta di confronto dialettico davanti al giudice, su basi di parità.

La Corte ha pertanto ravvisato la violazione dell’art. 6 CEDU, tanto più che, nella specie, la condanna si era basata «in misura determinante» sulle testimonianze anonime.

Ad analoghe conclusioni era giunta pure nel caso *Windisch* dove, a differenza di

⁴³⁸ Corte eur., *Zhukovskiy* c. Ucraina, 3 marzo 2011.

⁴³⁹ Corte eur., 20 novembre 1989, *Kostovski* c. Paesi Bassi.

quello *Kostovski*, non era stata neanche concessa alla difesa la facoltà di porre domande scritte, e quindi la possibilità di interrogare i testi anche solo *de relato*⁴⁴⁰.

La situazione ovviamente si complica con riferimento a casi transnazionali dove sempre si deve tener conto delle differenze tra i vari ordinamenti.

In *P.V. c. Germania*, la Corte ha affermato che il contraddittorio è assicurato quando alle parti sia data un'occasione seria di confronto, confronto che è autentico solo se ad indagato e imputato sia data la possibilità di misurarsi con l'accusatore e di porre domande al teste⁴⁴¹.

La scelta degli ordinamenti nazionali di far pesare la bilancia del procedimento a favore di una delle parti, che talora può apparire giustificata per fronteggiare una situazione di fatto pericolosa per l'incolumità dei dichiaranti, rischia – se non compensata da solide salvaguardie procedurali – di comprimere i diritti della difesa in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della CEDU.

Per questo la Corte ha avuto cura di precisare, sempre in occasione di una vicenda transnazionale, che il processo non può considerarsi equo se a imputato e difensore non sia data la possibilità di apprestare un'effettiva strategia difensiva.

Così, nel caso *Solakov*, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU per non aver assicurato – le autorità richiedenti – un'occasione seria di confronto⁴⁴².

La vicenda, in realtà, è diversa dal caso *A.M. c. Italia* dove il pubblico ministero fiorentino aveva addirittura chiesto alle autorità statunitensi di non consentire la partecipazione del difensore dell'imputato all'esame.

In *Solakov c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»* non fu mai, almeno formalmente, negata alla difesa la possibilità di porre domande al teste. Tuttavia, il poco tempo concesso a imputato e difensore per apprestare una valida strategia difensiva, unitamente ad altre circostanze, ha di fatto escluso ogni possibilità seria di confronto dialettico tra le parti.

In quest'ottica, si spiega anche l'impegno profuso dai giudici di Strasburgo nel

⁴⁴⁰ Corte eur., 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*.

⁴⁴¹ S. Ruggeri, 2017, p. 419.

È opportuno ricordare come la Corte europea dei diritti dell'Uomo adotti una nozione ampia di testimone, inteso come ogni persona che renda dichiarazioni destinate a essere utilizzate dal giudice per motivare la decisione finale. La Corte ribadisce così l'autonomia delle nozioni convenzionali, diretta ad impedire che la discrezionalità degli Stati contraenti nella qualificazione delle situazioni e degli *status* giuridicamente rilevanti possa vanificare, o quanto meno affievolire, le garanzie apprestate a livello europeo.

⁴⁴² Corte eur., 31 ottobre 2001, *Solakov c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»*.

valutare se l'impiego del video-collegamento nel processo penale, come metodo "alternativo" di acquisizione della prova, violi i parametri convenzionali, attese le difficoltà arrecate alla difesa dall'assenza in dibattimento degli autori delle dichiarazioni ammesse come prove e aventi valenza determinante.

6. La compatibilità tra metodi alternativi di acquisizione della prova e le garanzie della CEDU: la partecipazione dell'imputato al dibattimento mediante videoconferenza in casi transnazionali

Nel tentativo di individuare le modalità di acquisizione della prova in grado di assicurare il confronto dialettico tra le parti, la Corte europea dei diritti dell'Uomo si è anche occupata della compatibilità dell'esame a distanza con il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

La partecipazione dell'accusato al dibattimento mediante videoconferenza ha da sempre destato forti perplessità, per il rischio che l'imputato sia posto – in rapporto alle altre parti del processo – in una posizione di sostanziale svantaggio; la preoccupazione è che l'impiego del video-collegamento nel giudizio, per i rischi di possibili disfunzioni nella riproduzione della voce o delle immagini, non sia in grado di far percepire le sfumature dei comportamenti delle persone presenti nell'aula di udienza.

In realtà, le maggiori perplessità in punto di compatibilità tra videoconferenza e giusto processo non attengono tanto ai possibili difetti di funzionamento dei flussi audio-video: in questo senso, oltre ai progressi tecnologici nel tempo registratisi, si è avuto cura di osservare come, ove nel collegamento tra l'aula di udienza e la postazione remota si registrino malfunzionamenti scarsamente tollerabili, sia il giudice stesso a disporre d'ufficio la sospensione o il rinvio dell'udienza, nelle more di un ripristino di condizioni tecniche sostenibili.

Quello che più preoccupa della partecipazione dell'accusato al processo tramite videoconferenza è piuttosto la distanza tra difensore e assistito nella fase dell'istruzione probatoria dibattimentale, proprio, cioè, «durante il farsi della prova rappresentativa»⁴⁴³; distanza che – come è agevole intuire – impedisce di cogliere tempestivamente, ad esempio durante un esame diretto di un dichiarante a

⁴⁴³ G. Di Chiara, 2018, p. 1479 e ss.

carico condotto dal pubblico ministero, un dettaglio da adoperare poi costruttivamente nel controesame⁴⁴⁴.

La questione si complica, chiaramente, in relazione a vicende transnazionali dove non è solo dato riscontrare un diverso livello di avanzamento tecnologico tra gli ordinamenti nazionali ma anche differenti culture e regole giuridiche.

Tradizionalmente, il ricorso al video-collegamento nel processo penale si giustifica in ragione di interessi specifici, come la sussistenza di esigenze di sicurezza non altrimenti tutelabili o l'emergere di istanze di protezione di dichiaranti particolarmente vulnerabili, oltre che – chiaramente – per gli indubbi vantaggi che tale metodo di partecipazione all'udienza apporta sul piano dell'efficienza e della speditezza processuale.

Proprio il difficile contemperamento tra gli interessi in gioco ha spinto la Corte europea dei diritti dell'Uomo a pronunciarsi sul tema della compatibilità di detto metodo di acquisizione della prova con il principio del contraddittorio.

Lo spunto è stato dato proprio da un caso transnazionale.

In particolare, nel valutare l'equità processuale, i giudici di Strasburgo hanno osservato come, sebbene l'art. 6 della CEDU non preveda in termini espliciti che l'accusato abbia il diritto di essere presente all'udienza, la comparizione dell'imputato riveste una importanza fondamentale per l'attuazione delle garanzie del giusto processo.

In coerenza con l'intento, però, di evitare a monte impostazioni assolutizzanti, l'esame a distanza tramite videoconferenza non è considerato di per sé contrario alla Convenzione se, per le modalità del suo svolgimento, non pone la difesa in una posizione di svantaggio sostanziale rispetto alle altre parti del processo.

Resta da verificare, in ogni caso, se i modi di attuazione dell'audizione abbiano, nella vicenda processuale, rispettato i diritti di difesa e che l'interessato abbia avuto la possibilità di esercitare le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

Nel caso *Zhukovskiy c. Ucraina* la Corte, nell'individuare preliminarmente alcune situazioni in presenza delle quali l'esame a distanza è considerato un metodo di acquisizione della prova dichiarativa rispettoso del diritto al confronto⁴⁴⁵, ha ribadito – in determinate circostanze – la possibilità di un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova, incentivando l'impiego della

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 1479 e ss.

⁴⁴⁵ Ad esempio nel caso in cui il testimone si trovi all'estero e sia eccessivamente oneroso richiederne la presenza.

videoconferenza quando essa consenta di tutelare interessi ritenuti preminenti o quando costituisca l'unico strumento possibile per raccogliere la prova dichiarativa.

La Corte ha così osservato, con riferimento all'impiego del video-collegamento, *«that this form of participation in proceedings is not, as such, incompatible with the notion of a fair and public hearing, but it must be ensured that the applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and that effective and confidential communications with a lawyer is provided»*⁴⁴⁶.

Spetta ai giudici assicurarsi – come già detto – che le modalità di svolgimento dell'esame a distanza tramite videoconferenza siano compatibili con le esigenze del rispetto dei diritti di difesa previsti dall'articolo 6 della Convenzione.

Perché, però, allontanamenti dalle ordinarie modalità di formazione della prova si mantengano entro limiti convenzionalmente accettabili si rivela imprescindibile, anzitutto, assicurare un'elevata qualità tecnica del collegamento, che consenta una piena ed effettiva partecipazione al processo⁴⁴⁷.

All'imputato deve cioè essere permesso di vedere le persone presenti in aula e di ascoltare quello che viene detto.

Allo stesso va anche riconosciuta la possibilità di essere visto e ascoltato, e di rendere dichiarazioni alla corte dal luogo in cui si trovi.

Una partecipazione effettiva al dibattimento in caso di esame a distanza non è però solo assicurata in queste ipotesi; all'imputato, perché il processo possa dirsi equo ai sensi dell'art. 6 CEDU, deve essere data la facoltà di poter interagire con il proprio difensore e di poter prendere parte in tempo reale alle decisioni sulla conduzione del caso⁴⁴⁸.

L'uso del video-collegamento è stato pertanto ritenuto compatibile con i valori convenzionali a patto di verificarne, di volta in volta, l'attitudine ad assicurare risultati effettivi in chiave partecipativa⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Corte eur., *Zhukovskiy c. Ucraina*, 3 marzo 2011; Corte eur., Grande Camera, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*.

⁴⁴⁷ Corte eur., *M. Viola c. Italia*, 5 October 2006.

⁴⁴⁸ In questo senso, si giustificano le affermazioni della Corte rese nel caso *X., Y. e Z. c. Austria*: *“Questions to a prosecution witness usually emerge, according to the applicants, at the moment when he is heard”*.

⁴⁴⁹ A. Diddi, 2017, p. 2306 e ss.

7. Considerazioni conclusive

In assenza di una previa armonizzazione normativa tra le legislazioni degli Stati membri, è toccato alla Corte europea dei diritti dell'Uomo elaborare una serie di criteri finalizzati ad assicurare, nei casi transnazionali, adeguata tutela alle garanzie fondamentali dei tanti soggetti coinvolti.

In particolare, nel ribadire come il compito della Corte non sia quello di giudicare la disciplina del procedimento probatorio degli Stati ma quello di valutare la *fairness* processuale, i giudici di Strasburgo hanno finito con l'affermare che la cooperazione tra autorità giudiziarie non può in nessun caso comportare una restrizione dei diritti fondamentali in misura incompatibile con le garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

Il parametro da sempre tenuto in considerazione dalla Corte per verificare il rispetto, in ogni giudizio, dell'equità procedurale è il diritto al confronto, da intendersi come unico strumento in grado di assicurare, nella fase di formazione della prova, il contraddittorio tra le parti.

La Corte ha così affermato, nei casi transnazionali passati in rassegna nei paragrafi precedenti, che l'esigenza di non pregiudicare – con una declaratoria di inutilizzabilità – l'impegno profuso in sede di cooperazione internazionale non può esimere gli Stati richiedenti da un'indagine seria sull'effettivo rispetto delle garanzie fondamentali.

Se è vero, infatti, che le autorità richiedenti non possono essere ritenute responsabili per le modalità con cui si svolge l'esame all'estero, è altrettanto vero che compete a loro verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova.

Resta allora da chiedersi cosa debba intendersi per cooperazione tra autorità in ambito penale e quali siano gli obiettivi avuti di mira dalla disciplina dell'assistenza giudiziaria probatoria.

Secondo alcuni ordinamenti (ad esempio quello spagnolo) non c'è ragione di dubitare della legalità delle modalità di acquisizione della prova proprie dello Stato richiesto; così, le prove raccolte all'estero da autorità straniera conformemente al principio del *locus regit actum* sono per ciò solo utilizzabili nel processo interno.

Simili impostazioni delineano un'idea precisa di assistenza giudiziaria probatoria: la collaborazione penale tra autorità deve evitare il pericolo che l'impegno profuso in sede di cooperazione internazionale possa essere frustrato da una declaratoria di inutilizzabilità ove le modalità con cui l'atto è stato assunto non risultino in linea con le garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

Se da un lato è evidente il punto di forza di questa idea di assistenza giudiziaria probatoria, che risiede nella fiducia che gli Stati richiedenti ripongono nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle capacità di tutti gli Stati di garantire processi equi, dall'altro ne sono pure chiari i limiti. La principale preoccupazione è che si assista al rischio di un arretramento sul piano delle garanzie, ove si ritengano spendibili nella dinamica processuale interna prove acquisite all'estero secondo il principio della *lex loci*, senza verificare l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Al contrario, la mancata previa armonizzazione delle normative nazionali e il tasso di disomogeneità esistente tra i singoli sistemi processuali non consentono di eludere il controllo di ciascuno Stato richiedente circa l'osservanza del contraddittorio nella fase di formazione della prova.

I giudici di Strasburgo hanno più volte affermato – proprio in occasione di vicende transnazionali – come, pure a fronte di un allontanamento dalle ordinarie modalità di formazione della prova per ragioni di protezione di soggetti deboli o esigenze di sicurezza non altrimenti tutelabili, i diritti della difesa non possano essere ristretti in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

Se questo è vero si capisce come per non frustrare il fine della cooperazione e l'impegno profuso dallo Stato richiesto, l'autorità richiedente deve attivarsi per fare in modo che la prova sia assunta nel rispetto del contraddittorio, ad esempio partecipando all'atto rogato per suggerire gli accorgimenti necessari per l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero.

Il concetto di cooperazione non può pertanto coincidere con l'idea di ritenere spendibili nel processo prove assunte all'estero quali che siano state le modalità di acquisizione; per nessun motivo, nel bilanciamento tra contrapposti interessi, esigenze di celerità ed economicità processuale possono prevalere sul principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti.

Il confronto dialettico tra le parti è l'unico strumento in grado di consentire valutazioni attendibili sugli elementi probatori utilizzati ai fini decisori; deviazioni

dal classico svolgimento *adversarial* del procedimento sono ammesse solo a patto che siano apprestati contrappesi procedurali in grado di compensare dette limitazioni.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha svolto dunque un ruolo centrale nell'individuare le garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova per garantire l'equità del processo.

Questo in alcuni casi ha portato a un miglioramento qualitativo delle discipline nazionali e a un innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati.

Ma quel che più forse è apprezzabile è il ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto delle prove.

Nel valutare di volta in volta l'equità processuale ai sensi dell'art. 6 CEDU, la Corte ha individuato un articolato sistema di norme minime sull'ammissione della prova, che ha finito col facilitare la comunicazione tra gli ordinamenti; in questo scenario, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si è posta come «fonte indiretta di ravvicinamento della disciplina della prova penale».

In tutti i casi esaminati la Corte ha stabilito, per un verso, la necessità che all'imputato sia sempre garantita un'occasione adeguata per contestare una testimonianza a carico, e che occorre apprestare contrappesi procedurali in grado di compensare i limiti arrecati – per esigenze di sicurezza non altrimenti tutelabili – al contraddittorio; ha così dichiarato l'illegittimità della prova assunta in difetto di confronto dialettico tra le parti e posta a fondamento della decisione di condanna.

Per l'altro, invece, si è impegnata nell'individuare le modalità in grado di assicurare il contraddittorio nella formazione della prova e la partecipazione effettiva dell'imputato al processo.

Emblematico, in questo senso, è il caso dell'impiego del video-collegamento nel processo penale, ritenuto compatibile con i valori convenzionali a patto di verificarne, di volta in volta, l'attitudine ad assicurare risultati effettivi in chiave partecipativa.

Si apprezza così, in tutti i casi esaminati, il tentativo di favorire il ravvicinamento delle diverse legislazioni e la comunicazione tra gli ordinamenti, senza che in alcun modo possa determinarsi «una forzata omologazione suscettibile di

comportare arretramenti sul piano delle garanzie⁴⁵⁰». Resta, infatti, ferma la possibilità, per ciascuno Stato, di predisporre un livello di tutela più elevato di quello desumibile dagli *standard* internazionali.

L'esigenza di un'armonizzazione tra i vari sistemi probatori trova – così – nuovo slancio grazie alla Corte di Strasburgo che, mediante l'individuazione delle garanzie minime da assicurare nella fase di formazione della prova dichiarativa e in assenza di una previa omogeneizzazione tra le legislazioni degli Stati, facilita la circolazione delle prove e il raggiungimento degli obiettivi avuti di mira con la cooperazione.

⁴⁵⁰ A. Balsamo – S. Recchione, 2010, p. 3620 e ss.

Bibliografia

- S. Allegrezza, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in *Dir. pen. cont.*, 2013 (31 ottobre 2013), pp. 1-10.
- A. Anzon, *Il nuovo regime delle rogatorie internazionali tra problemi interpretativi e censure di costituzionalità*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte Costituzionale*, (a cura di) R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2002, pp. 18 – 23.
- L. Bachmaier, *Fundamental rights and effectiveness in the european AFSJ. The continuous and never easy challenge of striking the right balance*, *eu crim*, 2018, 1, pp. 56 – 63.
- L. Bachmaier, *The proposal for a directive on the European investigation order and the grounds for refusal. A critical assessment*, in *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe. Developments in EU legislation and new challenges for human rights-oriented criminal investigations in cross-border cases* (a cura di S. Ruggeri), 2014, Springer, pp. 71-90.
- L. Bachmaier, *Towards the transposition of directive 2014/41 regarding the European investigation order in criminal matters*, *eu crim*, 2015, 2, pp. 47-60.
- A. Balsamo, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del “nuovo corso” avviato dalla sentenza Al-Khawaja (Nota a Corte europea dei diritti dell’Uomo, 19 febbraio 2013, n. 61800, sez. III)*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2013, pp. 2837 – 2847.
- A. Balsamo – A. Lo Piparo, *La valutazione probatoria delle dichiarazioni del coimputato ritrattate per effetto di condotte illecite*

di terzi: il punto di vista della Corte di Strasburgo. The evidentiary weight of statements made by the co-defendant then retracted as a result of illicit conduct by third parties: the court of Strasbourg's point of view (Nota a Corte europea dei diritti dell'Uomo, 13 novembre 2014, n. 43952, sez. II), in *Cass. pen.*, 5, 2015, pp. 2039 – 2049.

- A. Balsamo – S. Recchione, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, 10, pp. 3620-3639.

- M. Bargis, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 4, pp. 914 – 928.

- M. Bargis, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 3, pp. 745-788.

- R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014.

- R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016. Joint Investigation Teams Under Italian Legislative Decree No. 34/2016*, in *Cass. Pen.*, 2016, 10, pp. 3886 – 3897.

- R. Belfiore, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, pp. 3894-3908.

- R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale. Remarks on the Directive Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Cass. pen.*, 2015, 9, pp. 3288 – 3296.

- M. Bolognari, *Ordine europeo di indagine penale ed esame a distanza*, *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, pp. 1100-1119.

- E. Calvanese e G. De Amicis, *Appunti sulla nuova convenzione di*

assistenza giudiziaria penale tra gli stati membri dell'U.E., in *Giur. mer.*, 2000, 4-5, p. 1052 - 1061.

- E. Calvanese, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2003, 2, pp. 458-462.

- E. Calvanese, *L'accordo di assistenza giudiziaria con la Svizzera: innovazioni significative ancora da ratificare*, in *Cass. pen.*, 2001, 6, pp. 1998-2005.

- E. Calvanese, *Le rogatorie nello spazio «Schengen»: quali poteri ha il Ministro della Giustizia?*, in *Cass. pen.*, 5, 2002, pp. 1659-1662.

- E. Calvanese, *Tipologia e gerarchia delle fonti*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, p. 42-56.

- L. Camaldo e F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, pp. 3511-3527.

- L. Camaldo, *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, 3, pp. 958- 976.

- I. Caminiti, *L'effettiva portata del principio del locus regit actum*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1910- 1912.

- V. Campilongo, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cassazione penale*, 2014, 2, pp. 707-717.

- G. Capaldo, sub art. 723, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (a cura di) M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 771- 777.

- G. Capaldo, sub art. 724, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (a cura di) M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 778 – 785.

- G. Capaldo, sub *art. 727*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (a cura di) M. Chiavario, VI, Torino, 1991, p. 794 - 804.
- D. Carcano, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, p. 117 – 144.
- V. Casamassima, *L. n. 367 del 2001: quando tra legislatore e interprete le strade si dividono*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte Costituzionale*, (a cura di) R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2002, pp. 92 – 122.
- R. Casiraghi, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti. Confirmations and denials of the Grand Chamber on the Subject of absent witnesses (Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2015, n. 9154)*, in *Cass. Pen.*, 6, 2016, pp. 2627 – 2639.
- R. Casiraghi, *I nuovi approdi “europei” del diritto al confronto. The new “european” approaches to the right to confrontation*, in *Cass. Pen.*, 3, 2019, pp. 1363 – 1376.
- R. Casiraghi, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della “prova unica o determinante” (Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2011, n. 26766)*, in *Cass. pen.* 9, 2012, pp. 3115 – 3139.
- S. Cavini, *Il diritto di difesa nell'individuazione di persone e nel mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 2, pp. 169 – 176.
- C. Cesari, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo: un itinerario attraverso la giurisprudenza*, (a cura di) G. Di

Chiara, Torino, 2009.

- M. Chiavario, *Cooperazione internazionale ed obiettivi di garanzia e di efficienza nella nuova disciplina dei rapporti con autorità giudiziarie straniere*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (a cura di) M. Chiavario, VI, Torino, 1991, pp. 661 – 678.
- M. Chiavario, *Una legge discussa, una questione stimolante e la ricerca di alternative*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte Costituzionale*, (a cura di) R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2002, pp. 1 – 17.
- S. Ciampi, *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1, pp. 21 – 27.
- U. Conti, *Il codice di procedura penale*, III, Milano, 1937, pp. 970 – 986.
- D. Curtotti Nappi, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, 4, pp. 987-992.
- M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7-8, pp. 208-215.
- G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale. From European Rogatory Letters to a European Investigation Order: Towards a New Law on Criminal Judicial Cooperation*, in *Cass. pen.*, 1, 2018, pp. 22 – 43.
- J. Della Torre, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive. EU directives on rights for suspects and accused persons: pros and cons of the first European system of criminal procedural safeguards*, in *Cass. pen.*, 4, 2018, pp. 1396 – 1424.

- G. De Donato, *L'attività del ministro della giustizia in tema di rogatorie attive e passive*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, p. 373 – 398.
- G. Di Chiara, “Come s’uno schermo”. *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, “upgrade” tecnologici*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 6, pp. 1479 – 1505.
- A. Diddi, *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, 10, pp. 2306 – 2309.
- G. Fiorelli, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 6, pp. 705-716.
- I. Flores Prada, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, (a cura di) L. Filippi – P. Gualtieri - P. Moscarini - A. Scalfati, Padova, 2010, pp. 349 – 381.
- F. Gascòn Inchausti, *Report on Spain*, in *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, (a cura di) S. Ruggeri, Berlino, 2012, pp. 475- 495.
- M. Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 5, pp. 1193-1206.
- M. Gialuz e J. Della Torre, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, pp. 277-294.
- A. Iermano, *Il D.Lgs. n. 129/2016 e i limiti nella trasposizione della Dir. 2010/64/UE in tema di interpreti e traduttori*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, pp. 731-740.
- G. La Greca, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria*

internazionale, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 1-9.

- - M. D. Laricchia, *D.lgs. n. 101 del 1° luglio 2014: attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Studium iuris*, 2014, 12, pp. 1393 – 1399.

- P. Laszloczky, *Tre riflessioni dalle nuove norme in tema di rogatorie*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte Costituzionale*, (a cura di) R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto -P.Veronesi, Torino, 2002, pp. 160 – 167.

- F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale. Acquisition of Evidence in the European Framework: the Relationship between Investigations by the European Public Prosecutor and the European Criminal Investigation Order*, in *Cass. pen.*, 2015, 11, pp. 4211 – 4227.

- A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, pp. 158-180.

- A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 2004, 6, pp. 2189-2200.

- M. R. Marchetti, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 12, pp. 1563-1567.

- M. R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Trattato di procedura penale*, XLV, diretto da G. Ubertis - G. P. Voena, Milano, 2005.

- P. Martines, *A proposito dell'obbligo del giudice di appello di riesaminare i testimoni in caso di ribaltamento della sentenza*

assolutoria di primo grado - on the obligation for the judge of second instance to re-examine witnesses in case of acquittal in first instance (Nota a Cass. sez. III pen. 7 febbraio 2014, n. 5907), in *Cass. pen.*, 2014, 9, pp. 3005 – 3015.

- E. Mazzilli, *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: i primi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, pp. 721 – 737.

- G. Melillo, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, 1, pp. 265-273.

- G. Melillo, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1, pp. 121 – 126.

- G. Melillo, *Ruoli e forme della garanzia giurisdizionale*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 265 – 324.

- M. Menna, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, pp. 370-378.

- S. Mirandola, *Uso probatorio delle dichiarazioni dei testimoni assenti e giurisprudenza europea: variazioni sul tema “Al-Khawaja”*. *The use of evidence from absent witnesses in the case-law of the European Court of Human Rights: variation on “Al-Khawaja”* (Nota a Corte europea dei diritti dell’Uomo, sez. grande chambre, 15 dicembre 2015, n. 9154), in *Cass. Pen.*, 1, 2017, pp. 368 – 380.

- L. Mortara, U. Aloisi, R. Mangini, sub art. 636, in *Commento al codice di procedura penale*, (a cura di) L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, S. Longhi e R. De Notaristefani, VIII, Torino, 1926.

- L. Mortara e U. Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1922.

- F. Mosconi, *Sub art. 696*, in *Commento al nuovo codice di*

procedura penale, (a cura di) M. Chiavario, VI, Torino, 1991, pp. 679 – 691.

- F. Mosconi e M. Pisani, *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria (Linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento)*, Milano, 1984.

- O. Murro, *Assistenza obbligatoria del difensore per la persona da individuare (art. 361 c.p.p.) nonché per l'esecuzione del MAE*, in *Studium iuris*, 2017, 5, pp. 541 – 543.

- F. Nuzzo, *In materia di rogatorie rileva la prassi internazionale*, in *Cass. pen.*, 2003, 3, pp. 756-767.

- R. Olivo, *Rogatorie e assunzione diretta di testi all' estero (a proposito dell' accordo italia-usa per il caso "lockheed")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 3/00, pp. 901-904.

- M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8, pp. 1007 – 1014.

- M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 4, pp. 981-996.

- M. Pollera, *Mutamenti giurisprudenziali e defettibilità delle rationes decidendi nella Corte di Strasburgo: il caso dei testimoni assenti. Changes in the case law and taking exception to strasburg's rationale: the issue of nonappearing witnesses*, in *Cass. Pen.*, 4, 2018, pp. 1372 – 1388.

- R. Quadri, *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967.

- F. D. Riccioli, *L'accordo fra Italia e Stati Uniti per la reciproca assistenza giudiziaria nell'affare Lockheed*, in *Riv. dir. int.*, 1977, pp. 540-565.

- S. Ruggeri, *Audi alteram partem in criminal proceedings. Towards a participatory understanding of criminal justice in Europe and Latin*

America, Berlino, 2017.

- S. Ruggeri, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 3, pp. 600-614.

- S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, Riv. trim. n.4/2015, pp. 130-160.

- L. Salazar, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 11, pp. 1534-1538.

- F. Saluto, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, VIII, Torino, 1879.

- A. Scella, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca – M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 349 – 372.

- I. Scordamaglia, *Dell'impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto dichiarativo. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela del diritto al confronto e l'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova (Nota a Cass. pen., Sez. Un., 25 novembre 2010, n. 27918)*, in *Cass. pen.*, 12, 2012, pp. 4151 – 4168.

- Z. Secchi, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 169 – 212.

- E. Selvaggi, *L'ordine europeo di indagine – EIO: Come funziona? The European Investigation Order - EIO: How does it function?*, in *Cass. pen.*, 1, 2018, pp. 44 – 49.

- M. Stellin, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello:*

nuove conferme, vecchie ambiguità – Renewal of the trial evidentiary hearing on appeal: confirmation anew, old ambiguities (Nota a Cass. pen., 19 novembre 2015, n. 47793, sez. II), in *Cass. pen.*, 4, 2016, pp. 1640 – 1650.

- C. Valentini, *I principi di diritto interno. In particolare: i limiti alle rogatorie passive*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 145 – 168.

- D. Vigoni, *Rogatoria penale internazionale e strumenti alternativi*, in *Ind. Pen.*, 1986, pp. 467- 489.

- D. Vigoni, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca – M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 417 - 464.

- D. Vilas Alvarez, *Use and abuse of the concept of Fundamental Rights – An obstacle for judicial cooperation?*, *eu crim*, 2018, 1, pp. 64 – 71.

- J. Villodre López, *La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014*, *Diario la Ley*, 2018.

- M. Vogliotti, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 4, 1998, pp. 851-860.

- E. Zanetti, *Le convenzioni vigenti*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (a cura di) G. La Greca e M. R. Marchetti, Torino, 2003, pp. 73-113.

Riferimenti normativi

- Cfr. Convenzione dell'Aja relativa alla procedura civile del 17 luglio 1905.
- Cfr. Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, sottoscritta a Strasburgo il 20 aprile 1959.
- Cfr. Accordo fra il Ministro della giustizia italiano e il Dipartimento della giustizia degli Stati Uniti d'America relativo alla «reciproca assistenza alle autorità giudiziarie o di polizia dei due Stati in ordine alle presunte attività commerciali illecite svolte in Italia dalla società Lockheed e da società sussidiarie o ad essa affiliate» del 29 marzo 1976.
- Cfr. Trattato bilaterale in vigore tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Italiana sulla mutua assistenza in materia penale, firmato il 9 novembre 1982 (c.d. Trattato di Mutua Assistenza del 1982).
- Cfr. Accordo tra Italia e Svizzera del 10 settembre 1998 che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione.
- Cfr. Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985.
- Cfr. Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata a Bruxelles con atto del Consiglio del 29 maggio 2000.
- Cfr. Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni.
- Cfr. Decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedura di consegna tra Stati.
- Cfr. Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di

blocco dei beni o di sequestro probatorio.

- Cfr. Decisione quadro 2008/978/GAI DEL CONSIGLIO del 18 dicembre 2008 relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali.

- Cfr. Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

- Cfr. Direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali,

- Cfr. Direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali

- Cfr. Direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, sul diritto di accesso al difensore nei procedimenti penali e nel mandato d'arresto europeo, e sul diritto a informare i terzi e le autorità consolari sullo stato di privazione della libertà personale.

- Cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

- Cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, COM (2018) 225 final.

- Cfr. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali, COM (2018) 226 final.

- Cfr. Legge 21 luglio 2016, n. 149 di «ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000,

e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive».

- Cfr. Decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149, che reca «disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera».

- Cfr. Decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108 che reca «norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale».

- Cfr. *Ley 3/2018 (LA LEY 9482/2018)*, che modifica la *Ley 23/2014 (LA LEY 17707/2014)* sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea.

Indice delle decisioni citate

- Cfr. Commissione eur., 27 settembre 1976, *X., Y. e Z. c. Austria*.
- Cfr. Corte eur., 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*.
- Cfr. Corte eur., 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*.
- Cfr. Corte eur., 15 giugno 1992, *Ludi c. Svizzera*.
- Cfr. Corte costituzionale, sentenza 25 luglio 1995 (13 luglio 1995), n. 379
- Cfr. Corte costituzionale, sentenza, 8 ottobre 1996 n. 336
- Cfr. Corte eur., 26 marzo 1996, *Doorson c. Olanda*.
- Cfr. Corte eur., 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Olanda*.
- Cfr. Corte eur., 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*.
- Cfr. Corte eur., 31 ottobre 2001, *Solakov c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»*.
- Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza, 4 luglio 2002, n. 315.
- Cfr. Corte eur., *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004.
- Cfr. Corte eur., *M. Viola c. Italia*, 5 October 2006.
- Cfr. Corte eur., Grande Camera, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*.
- Cfr. Corte Cass., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918.
- Cfr. Corte eur., *Zhukovskiy c. Ucraina*, 3 marzo 2011.
- Cfr. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan* contro Moldavia.
- Cfr. Corte eur., 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*.
- Cfr. Corte eur., Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.
- Cfr. Corte eur., Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*.
- Cfr. Corte eur., 23 giugno 2016, *Ben Moumen c. Italia*.