

Le fonti in materia di raccolta delle prove ed di assistenza giudiziaria in ambito penale europeo.

Il tema della raccolta delle prove e di assistenza giudiziaria in ambito penale europeo riguarda essenzialmente la competenza normativa dell'Unione relativamente allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nel Trattato istitutivo dell'UE non vi era nessuna disposizione – e dunque nessuna competenza in tale “spazio”. La necessità di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia trovava la propria genesi nelle politiche adottate per la creazione di uno spazio interno senza frontiere, nel quale potessero circolare liberamente non solo le merci, i servizi, i capitali ed i lavoratori (le c.d. quattro libertà fondamentali del mercato interno), ma anche le persone in quanto tali. Tale obiettivo veniva perseguito in un primo momento per mezzo dell'Accordo relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (c.d. Accordo di Schengen, Adottato a Schengen il 14 giugno 1985) ed in seguito per mezzo della relativa Convenzione di applicazione, Adottata a Schengen il 19 giugno 1990.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia veniva costruito sulla base di una triplice direttrice: mutuo riconoscimento, armonizzazione e cooperazione. Il passo successivo nello sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia era costituito dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999¹², che veniva convocato proprio per elaborare la strategia per la concreta realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, previsto dal Trattato di Amsterdam solo in termini generali. Le conclusioni di quel Consiglio costituiscono, ancora oggi, la pietra angolare della cooperazione tra Stati membri UE nelle materie civili e penali. Per il settore della cooperazione in materia penale l'art. 31 TUE si limitava a prevedere, in modo laconico, *“la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie (...) in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni?”*.

Al Consiglio di Tampere faceva seguito il Programma dell'Aja del 2005 che confermava il ruolo del principio del mutuo riconoscimento quale fondamento della cooperazione nelle materie civili e penali tra gli Stati membri UE. Il Programma dell'Aja, in particolare, riconosceva che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: *“costituisce non solo uno spazio entro il quale le decisioni giudiziarie pronunciate in uno Stato membro vengano riconosciute ed eseguite negli altri, ma soprattutto uno spazio nel quale risulti garantito un effettivo accesso alla giustizia, per ottenere che vengano debitamente eseguite le decisioni giudiziarie”*. Dunque, veniva considerata una priorità l'adozione di provvedimenti in grado di instaurare una reciproca fiducia fra Stati membri, creando norme procedurali minime con riguardo particolare all'equità di trattamento ed al rispetto dei diritti della difesa. Per quanto concerne la giustizia penale, per instaurare la fiducia reciproca e propiziare il mutuo riconoscimento, il Programma dell'Aja riteneva essenziale il ravvicinamento del diritto procedurale in taluni settori (principio *ne bis in idem*, regime probatorio, sentenze contumaciali) e

la istituzione di norme minime. In questo contesto, un ruolo strategico veniva attribuito ad Eurojust, quale principale soggetto per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria europea in campo penale.

Per quanto concerne le materie penali, l'elenco non esaustivo delle decisioni è notevole:

- decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri;
- 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;
- decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie;
- decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca;
- decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale;
- decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea;
- decisione quadro 2008/947/GAI, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive;
- 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;
- decisione quadro 2008/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare;
- decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.

L'art.4 comma 2 lettera j) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) fonda le competenze UE in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia in modo chiaro stabilendo che esso rientra nelle materie di competenza concorrente UE/Stati membri.

Allo SLSG è poi dedicato l'intero Titolo V del TFUE ("*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*"), a sua volta suddiviso in cinque Capi. Il Capo I detta le disposizioni generali; il Capo II disciplina le politiche relative ai controlli alle frontiere, ai visti, all'asilo ed all'immigrazione; il Capo III disciplina la

cooperazione giudiziaria nella materia civile; il Capo IV la cooperazione nella materia penale ed il Capo V la cooperazione di polizia.

Viene espressamente stabilito che la realizzazione dello SLSG trova un duplice limite, costituito dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali e le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. In secondo luogo il principio del mutuo riconoscimento viene esplicitamente posto a fondamento della cooperazione in materia penale e civile. Si attribuisce inoltre espressamente al Consiglio europeo la competenza in merito alla definizione degli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello SLSG. Il TFUE, secondo le indicazioni del Programma dell'Aja, potenzia il ruolo di Eurojust, attribuendogli un ruolo cardine nell'ambito dello SLSG. La Decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità. A questo proposito, l'art.85 TFUE prevede che Eurojust ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri e da Europol. Tra i compiti che possono specificamente essere attribuiti ad Eurojust, ad esclusione degli "atti ufficiali di procedura giudiziaria" che rimangono di competenza dei funzionari nazionali, vengono previsti il coordinamento di indagini ed azioni penali di cui alla lettera ed il potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la **Rete giudiziaria europea**.

La **Rete giudiziaria europea** è composta dalle autorità centrali e da altre autorità responsabili della cooperazione giudiziaria internazionale degli Stati membri. Per ciascuno Stato membro vengono istituiti uno o più punti di contatto, fra i quali viene designato un corrispondente nazionale per la Rete giudiziaria europea. Gli Stati membri designano inoltre un corrispondente incaricato degli aspetti tecnici. Anche i magistrati di collegamento nazionali con funzioni analoghe a quelle attribuite ai punti di contatto sono associati alla Rete. Il compito principale della Rete è agevolare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in materia penale, migliorando la comunicazione fra i punti di contatto, organizzando riunioni periodiche tra i rappresentanti degli Stati membri e fornendo le informazioni di base necessarie. Il TFUE detta disposizioni anche in materia di Procura europea prevedendo che essa possa essere istituita, "a partire da Eurojust", per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, attraverso una procedura complessa che non può essere analizzata in questa sede per ragioni di sintesi.

E' con l'entrata in vigore il 1 dicembre 2009 del **Trattato di Lisbona del 13.12.2007**, che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, che si segna l'avvio della formazione di un vero e proprio "diritto penale" dell'Unione europea, come sistema compiuto di valori, norme e

principi a carattere sovranazionale, propri della materia penale, in grado di influenzare sempre più il legislatore nazionale, nell'ambito di un *pluralismo ordinato* tra le diverse fonti del diritto (sopranazionali e nazionali), interagenti tra loro (*M. Del Mas Marty*).

L'armonizzazione delle leggi penali degli Stati membri è stata, sin dal 2000, un obiettivo perseguito dall'Unione allo scopo di assicurare risposte sanzionatorie omogenee per le violazioni di beni giuridici meritevoli di comune protezione nei diversi ordinamenti nazionali. La prima concretizzazione del processo di armonizzazione di norme incriminative nazionali può rinvenirsi nella Decisione quadro relativa al «rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro», adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 29 maggio 2000 (2000/383/GAI.). L'armonizzazione si conferma poi obiettivo essenziale dell'Unione nella prospettiva del nuovo Trattato di Lisbona come si evince dalla espressa previsione di cui all'art. 83, secondo cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono, a mezzo direttive adottate mediante l'ordinaria procedura legislativa, stabilire regole minime concernenti la definizione dei reati e delle relative sanzioni, particolarmente nel settore del crimine organizzato, con dimensione transnazionale quale risultante dalla natura o dagli effetti della condotta ovvero per la speciale necessità di combattere tali forme criminose su base comune.

Le aree suscettibili di armonizzazione normativa registrano, dunque, una rilevante *estensione* nel Trattato di Lisbona, si pensi al terrorismo, al traffico di essere umani, allo sfruttamento sessuale di donne e bambini, al traffico illecito di sostanze stupefacenti, al riciclaggio di danaro, alla contraffazione dei mezzi di pagamento, ai crimini informatici ed al crimine organizzato.

Inoltre, secondo il Trattato di Lisbona, sulla base degli sviluppi dei fenomeni criminali, il Consiglio potrà individuare, con il consenso del Parlamento europeo, nuove aree per la introduzione di norme comuni con finalità di armonizzazione dei sistemi penali nazionali. In questa prospettiva furono adottate numerose Decisioni quadro in settori particolarmente delicati del diritto penale e processuale: per esempio, la Decisione quadro del Consiglio 2001/200/GAI del 15 marzo 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale e la Direttiva 2004/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Importanti sono la Decisione quadro del Consiglio 2001/413/GAI del 28 maggio 2001 sulla lotta contro le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dal danaro contante; la Decisione quadro del Consiglio 2001/500/GAI/del 26 giugno 2001 sul riciclaggio di danaro, individuazione, rintracciamento, congelamento o sequestro e confisca degli strumenti e dei proventi di reato (che fa seguito alla prima direttiva 91/308/CEE del 28 giugno 1991 ed alla seconda direttiva 2001/97/ Ce del 4 dicembre 2001, in materia); la Decisione quadro del Consiglio del 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 in materia di lotta contro il terrorismo; la Decisione quadro del Consiglio del 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla tratta degli esseri umani; la Decisione quadro del Consiglio del 2002/946/GAI del 28 novembre 2002 sulla repressione penale del favoreggiamento

dell'ingresso e del soggiorno illegali; la Decisione quadro del Consiglio del 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003 in materia di protezione dell'ambiente, poi annullata dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03; la Decisione quadro del Consiglio del 2003/568/GAI del 22 luglio 2003 sulla lotta contro la corruzione nel settore privato; la Decisione quadro del Consiglio 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, sul tema della lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia; infine, la Decisione quadro 2005/22/GAI concernente gli attacchi contro i sistemi di informazione.

L'Italia, per dare attuazione a questa fondamentale capacità dell'ordinamento comunitario, ha fornito un'interpretazione del testo costituzionale vigente, segnatamente dell'art. 11 Cost., senza procedere ad una revisione costituzionale: <<Il giudice ordinario in caso di contrasto tra la normativa nazionale e la normativa comunitaria dotata di efficacia diretta e' tenuto a non applicare direttamente la norma nazionale in contrasto, senza sollevare questione di legittimita` costituzionale. Il giudice dovra` tuttavia sollevare questione di legittimita` costituzionale qualora gli esiti della non applicazione fossero non compatibili con i diritti inalienabili della persona umana, che costituiscono i principi supremi del nostro ordinamento>> (cfr. Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170).

Nel nostro ordinamento le norme comunitarie sono filtrate attraverso l'art. 11 della Cost., in modo da garantire a queste ultime l'ingresso in posizione di prevalenza rispetto alle fonti interne. Tale operazione ha trovato riconoscimento ed un punto di equilibrio nella Corte di Giustizia, che con la decisione del 14 ottobre 2004, Omega, C- 36/02 ha statuito che <<L'obiettivo contrasto con vincoli comunitari da parte di una norma nazionale in attuazione di un principio esclusivamente nazionale, ma qualificato dalla Corte di giustizia come "fondamentale", e' tollerato dal diritto comunitario>>.

Questi **i parametri** che, nella prospettiva del giudice delle leggi italiano, sono stati **fissati per l'applicazione del diritto comunitario**:

- non applicazione del diritto interno contrastante con il diritto comunitario, da operarsi direttamente da parte del giudice ordinario in caso di normativa comunitaria dotata di diretta efficacia, senza necessita` di sollevare apposita questione di legittimita` costituzionale;
- rinvio alla Corte costituzionale in caso di contrasto emergente con una norma comunitaria sprovvista di effetti diretti;
- competenza pregiudiziale riservata alla Corte comunitaria sull'interpretazione e sul controllo di legittimita` del diritto comunitario;
- controllo di ultima istanza che la Corte costituzionale comunque si riserva per valutare se gli esiti dell'operato comunitario siano compatibili con i diritti inalienabili della persona umana, che costituiscono i principi supremi del nostro ordinamento.

Tali parametri permeano anche il sistema di “raccolta” delle prove in ambito penale europeo attraverso lo sviluppo di strumenti sempre più idonei a facilitare e promuovere la cooperazione giudiziaria fra gli Stati.

La circolazione probatoria sovranazionale.

I modelli tradizionali della cooperazione giudiziaria internazionale che costituiscono il cd. diritto convenzionale “rogatorio”, in applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie oggi sono attualmente oggetto di modifica e di trasformazione.

Gli istituti della cooperazione iniziano a subire un radicale processo di modifica con il principio enunciato nella conclusione n. 36 del Consiglio europeo di Tampere del 15 ottobre 1999, secondo cui *“le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili”*: il principio della ammissibilità della prova legalmente acquisita e “circolante” sul territorio dell’Unione Europea viene così ad essere combinato con quello della sua “compatibilità” rispetto alle regole interne in materia di diritto delle prove.

Questa linea di indirizzo programmatico è stata portata avanti dal Consiglio dell’U.E. che, nel novembre 2000, nell’ambito del Programma di misure per l’attuazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale ha rinnovato la volontà di elaborare uno strumento sul riconoscimento delle *decisioni di blocco degli elementi di prova*, al fine di impedire la dispersione delle prove che si trovano nel territorio di un altro Stato membro ed dagli organismi comunitari e confermata nel Programma dell’Aya del novembre 2004, il cui punto 3.1 ingloba il tema della raccolta ed della ammissibilità dei mezzi di prova nella prospettiva del mutuo riconoscimento. Nel correlativo Piano d’azione, adottato nel novembre 2005, si prevede infatti, oltre all’elaborazione di una Proposta volta a completare il mandato europeo di raccolta delle prove, la predisposizione di un’ulteriore Proposta su *“norme minime relative all’assunzione delle prove nella prospettiva della reciproca ammissibilità”*.

L’obiettivo è dunque quello di raggiungere una circolazione interprocedimentale delle prove penali, oltrepassando i tradizionali canoni e le farraginose metodologie operative che hanno sinora condizionato le modalità di funzionamento dell’assistenza giudiziaria penale.

Importante riconoscimento di tale nuova prospettiva si rinviene nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, i cui artt. 69-A e 82, par.2, prevedono che, quando sia necessario per facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali di rilievo transnazionale, l’U.E. possa stabilire, attraverso direttive da adottare con la procedura di codecisione (che coinvolge il Parlamento europeo), *“norme minime”* aventi ad oggetto, tra l’altro, *“l’ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri”*, nonché *“i diritti della persona nella procedura penale”*.

La condivisione di norme comuni, sia pure “minime”, dovrebbe fornire un più elevato livello di garanzie processuali nelle modalità di raccolta e utilizzazione delle fonti di prova sull'intero territorio dell'U.E. Tuttavia, la previsione di un quadro di norme “minime” non dovrebbe limitarsi all'individuazione di norme “autorizzative” in ordine ai criteri di ammissione e trasferimento di alcune tipologie di prova (ad es., le testimonianze), ma dovrebbe prevedere “norme di divieto” volte a dettare un *numerus clausus* di regole di esclusione di determinate fonti di prova dal panorama cognitivo sottoposto alla prudente valutazione dell'autorità giudiziaria (ad es., per quel che attiene alla raccolta di prove contrarie ai principi fondamentali degli ordinamenti giuridici degli Stati membri). L'obiettivo della reciproca ammissibilità delle prove dovrebbe investire anche le regole minime di uno “statuto” dei mezzi di ricerca della prova nella fase pre-processuale. Sul punto, si è osservato in dottrina (1), che proprio le sensibili divergenze registrabili tra i modelli seguiti dai vari ordinamenti potrebbero indurre a ritenere sufficiente un'armonizzazione basata sul riferimento ad un “minimo comune denominatore”. Il “nocciolo duro” dei vari sistemi potrebbe così individuarsi, con riferimento all'imputato, nel diritto al silenzio e nel relativo avvertimento, nonché nell'assistenza del difensore in sede di dichiarazioni prebattimentali, mentre con riguardo alle dichiarazioni rese da altri, testimoni (o coimputati), nella possibilità di esercitare il contraddittorio, inteso come possibilità dell'imputato di avere un'occasione adeguata e sufficiente, durante o dopo l'esame, per confutare le dichiarazioni a suo carico, secondo l'insegnamento fornito dal costante indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il rafforzamento della collaborazione tra le autorità giudiziarie avviene anche attraverso il consolidamento di “buone” prassi nella scelta delle forme e modalità di raccolta degli elementi di prova grazie al lavoro delle strutture di sostegno e coordinamento investigativo: *Eurojust, Rete Giudiziaria Europea, Magistrati di collegamento, Europol, Olaf* per la piena realizzazione dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

(1) Cfr., M. G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa : un parallelo tra gli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna, Italia e Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12.

La convenzione di Strasburgo del 1959.

La circolazione della prova penale a livello europeo è regolata dal principio generale delineato nell'art. 3, par. 1, della Convenzione di assistenza giudiziaria di Strasburgo del 20 aprile 1959, secondo cui l'esecuzione della commissione rogatoria avviene nelle forme previste dalla legislazione della Parte richiesta.

Successivamente, la Convenzione di applicazione degli Accordi di Shengen del 14 giugno 1990 contempla nell'art. 53 la possibilità di una “corrispondenza diretta” tra le autorità giudiziarie nell'invio

di lettere rogatorie al fine di “*migliorarne l'applicazione*” e di limitare l'incidenza delle cause di rifiuto opponibili per le operazioni di perquisizione e per i sequestri. Il problema principale, dagli immediati risvolti pratici, discende dal fatto che la corrispondenza diretta fa riferimento alla necessaria condizione della “*compatibilità dell'esecuzione con il diritto della Parte richiesta*”.

Nell'ambito dello sviluppo della normativa pattizia in tema di assistenza giudiziaria, un ruolo importante ha la Convenzione di Strasburgo firmata in data 8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata dall'Italia con la legge n. 328/1993. Sebbene non siano contemplate forme di indagini congiunte o attività dirette di investigazione, sono sviluppate attraverso il sistema della rogatoria vie più snelle di collaborazione internazionale in materie molto delicate e nevralgiche sui temi del sequestro e della confisca dei proventi di qualsiasi attività criminale.

Un esempio di tale “nuova” collaborazione è contenuto nell'art. 20 della Convenzione che prevede la possibilità, per l'autorità rogata, di consultare la parte richiedente, prima di rifiutare l'esecuzione della rogatoria, al fine di verificare se la stessa possa essere accolta quanto meno parzialmente, ovvero a determinate condizioni, da quell'autorità ritenute necessarie: si introduce, in tal modo, una forma limitata di contraddittorio nella fase di accoglimento della domanda di assistenza

Un impulso decisivo alla circolazione della prova penale a livello europeo è contemplato nell'art. 10 della Convenzione, che introduce nella sfera operativa dell'assistenza giudiziaria l'istituto della *spontanea trasmissione delle informazioni*, al fine di raccogliere tutti gli elementi necessari per formare un patrimonio conoscitivo prodromico ad una successiva strategia investigativa eventualmente incentrata anche sulla predisposizione di una vera e propria attività di acquisizione probatoria.

Occorre evidenziare, tuttavia, che nel sistema delineato dalla Convenzione del 1990 l'esecuzione della rogatoria deve avvenire nel rispetto delle regole fissate dalla *lex fori* e quindi nel rispetto del principio di compatibilità. Infatti, nell'art. 18 della Convenzione sono elencati numerosi motivi di rifiuto che possono limitare l'esecuzione della rogatoria. Si pensi, in particolare, al limite derivante dal rispetto della cd. *doppia incriminazione* che impone – per poter dare corso all'attività richiesta con la rogatoria – che il reato al quale si riferisce la rogatoria deve presentare gli elementi costitutivi di un reato secondo la legislazione della Parte richiesta, qualora esso fosse stato commesso sul territorio della propria giurisdizione (in particolare l'art. 18, § 1, lett. f), in relazione all'ipotesi in cui l'assistenza richiesta comporti l'applicazione di misure coercitive).

La Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000.

La Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sulla mutua assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'U.E. (art. 4, parr. 1 e 2) capovolge il principio della *lex loci*, secondo cui – come si è visto - l'esecuzione della rogatoria avviene nelle forme dello Stato richiesto, stabilendo in materia di

assistenza giudiziaria penale la necessità di osservare *“le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente”*, sempre che le stesse *“non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto”*. La Parte richiesta, inoltre, deve eseguire la domanda di assistenza *“il più rapidamente possibile”*, tenendo pienamente conto, *“nei limiti del possibile, dei termini procedurali nonché di altri termini indicati dallo Stato membro richiedente”*.

La novità, quindi, è rappresentata dalla circostanza che le autorità giudiziarie possono direttamente interloquire sul regime delle prove, manifestando, sulla base di quanto previsto dal proprio ordinamento, l'esigenza di rispettare modalità specifiche o regole particolari nella procedura di esecuzione della domanda di assistenza.

In questa prospettiva si legga l'art. 10, par. 5, lett. c), della Convenzione secondo cui l'audizione mediante videoconferenza viene condotta direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente, o sotto la sua direzione, secondo le regole del proprio diritto interno, mentre se l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto ritiene che durante l'audizione vengano violati i principi fondamentali del diritto di questo Stato, *“essa prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi”*. Le parti, inoltre, possono concordare eventuali misure di protezione della persona da ascoltare (art. 10, par. 5, lett. b).

Si pensi, ancora, all'art. 6, par. 1, della Convenzione che, quanto alle modalità di trasmissione delle richieste di assistenza giudiziaria, prevede uno scambio diretto tra le autorità territorialmente competenti ai fini della loro presentazione di esecuzione.

Anche la previsione contenuta nell'art. 9, par. 1, della Convenzione, fornisce un importante impulso alla circolazione probatoria poiché contempla la possibilità di accordi tra le competenti autorità degli Stati membri con riguardo all'ipotesi del trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini di un'attività investigativa in corso nel territorio dello Stato membro ove l'indagine ha luogo.

La previsione di un collegamento aperto e continuo fra gli Stati, esteso all'obbligo di pronta informativa delle autorità richiedenti *“qualora alla richiesta non possa essere data esecuzione, in tutto o in parte, secondo i requisiti stabiliti dallo Stato membro richiedente”* (art. 4, par. 3), favorisce la circolazione dei modelli probatori nello spazio territoriale europeo, non solo in vista di un progressivo affinamento delle prassi, ma anche al fine di garantire un più efficace coordinamento investigativo ed una maggiore stabilità delle relative acquisizioni, consentendo il superamento di eventuali eccezioni di nullità o inutilizzabilità (mediante l'indicazione preventiva degli elementi caratterizzanti il nucleo strutturale e funzionale dell'atto oggetto della richiesta di assistenza).

E' chiaro che, nel rispetto della disciplina vigente nel sistema italiano (così come delineata negli artt. 729, co. 1 e 729, co.1-*bis*, c.p.p., secondo cui l'atto formato all'estero in difformità dei caratteri indicati dal giudice italiano è inutilizzabile), la radicalità della sanzione processuale impone, secondo criteri di ragionevolezza, che vi si ricorra solo per le eventuali lesioni di valori fondamentali come il

diritto di difesa o il contraddittorio, ovvero quando la difformità dal modello legale renderebbe la prova del tutto inaffidabile. La sanzione dell'inutilizzabilità dovrebbe dunque, coerentemente, scaturire solo dalle violazioni che incidono sulla fattispecie dell'atto, risultando cioè necessarie per la produzione del suo effetto secondo la legge italiana. Nella stessa giurisprudenza di legittimità, del resto, si è riconosciuto che l'assistenza giudiziaria comporta una collaborazione tra Stati sovrani, nella quale ognuno di essi di regola rinuncia a pretendere che nell'esecuzione della rogatoria siano applicate rigorosamente tutte le forme previste dal proprio ordinamento interno.

Nella nuova architettura della Convenzione di Bruxelles del 2000 vi è una crescente valorizzazione dell'impiego di strumenti tecnologici per rendere efficaci le procedure di cooperazione: si pensi alle intercettazioni di telecomunicazioni attivabili in uno Stato su richiesta di un altro e suscettibili di trasmissione in tempo reale, ovvero in differita previa registrazione (art. 18), alle ipotesi di audizione di testimoni, periti ed imputati mediante tele-conferenza e video-conferenza dallo Stato richiedente (art. 10, già citato). Ed ancora, di particolare rilievo risultano le speciali forme di assistenza giudiziaria regolate negli artt. 12, 13 e 14 della Convenzione del 2000 (rispettivamente, consegne sorvegliate, squadre investigative comuni e operazioni di infiltrazione).

Non va dimenticato, però, che l'originario *corpus* normativo del 1959 non è stato abrogato e che continuano a trovare applicazione le dichiarazioni eventualmente effettuate dagli Stati membri ai sensi dell'art. 5 della Convenzione del 1959, con la conseguenza che, per quel che riguarda l'esecuzione delle domande di assistenza in materia di perquisizioni e sequestri, sarà comunque possibile continuare a subordinarla alla condizione della cd. "doppia incriminazione", ovvero a quella che si stia procedendo in ordine ad un reato passibile di estradizione.

Con specifico riguardo alle chieste di informazioni sui conti bancari, materia di notevole interesse per il crescente sviluppo delle indagini patrimoniali nel contrasto alla formazione dei cd. patrimoni illeciti, vi sono le disposizioni contenute nel Protocollo alla Convenzione di Bruxelles, sottoscritto a Lussemburgo il 16 ottobre 2001 (e dall'Italia, peraltro, non ancora ratificato), che tendono ad agevolare l'esecuzione delle risposte alle richieste di informazioni ed introducono l'obbligo, per ciascuno Stato membro dell'U.E., di effettuare, su richiesta di un'altra Parte, l'attività di monitoraggio per un dato periodo delle operazioni realizzate su uno o più conti bancari (art. 3). Nella struttura del Protocollo, inoltre, il segreto bancario non è opponibile quale motivo di rifiuto (art. 7) e che l'assistenza non può essere rifiutata per il solo motivo che la richiesta inerisce a reati che lo Stato membro sollecitato considera fiscali (art. 8). Nella medesima prospettiva, l'art. 9, par.1, stabilisce che ai fini dell'assistenza giudiziaria nessun reato può essere considerato di natura politica, o solo di rilievo politico, dallo Stato membro richiesto.

Le principali convenzioni che operano in tema di prova dentro e fuori dall'Unione europea.

Il novero dei canali attraverso i quali possono acquisirsi non solo prove, ma anche notizie di reato ed elementi indiziari suscettibili di indagini ed approfondimenti e talvolta di un immediato utilizzo ad es. a fini cautelari è ampliato dall'Italia attraverso numerose ed importanti convenzioni ratificate dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale vigente. Tra queste vi sono la Convenzione Europea sul Riciclaggio del 1990, la Convenzione ONU sulla soppressione del finanziamento al terrorismo del 1999, la Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale del 2000.

Si è già sottolineato come la cooperazione giudiziaria si realizza non solo in base allo strumento classico delle rogatorie, bensì anche in base ad una trasmissione spontanea di atti e/o informazioni tra autorità giudiziarie o di polizia. Numerosi sono gli strumenti internazionali che consentono la trasmissione e lo scambio di informazioni tra gli Stati ovvero tra Stati ed organismi Transnazionali. A titolo esemplificativo si citano:

- Part. 46 della Convenzione di Shengen del 19.6.1990;
- Part. 9 comma 2, 13 della Decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità;
- Part. 5 comma 2 della legge 45/2005 in materia di poteri del membro nazionale Eurojust, il quale può assicurare l'informazione reciproca tra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri interessati in ordine alle indagini e alle azioni penali di cui l'Eurojust ha conoscenza;
- Part. 2 della decisione 2005/671/GAI del Consiglio del 20 settembre 2005;
- Part. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1999 sulla soppressione del finanziamento al terrorismo;
- Part. 46 comma 4 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione;
- Part. 18 comma 4 della Convenzione delle Nazioni Unite per il contrasto al crimine organizzato Transnazionale;
- Part. 20 della Convenzione Europea sul riciclaggio, il rintraccio, il sequestro e la confisca dei proventi del reato e sul finanziamento al terrorismo (firmata a Varsavia il 16.5.2005).

Si tratta di fonti di diritto internazionale che prevedono la possibilità di una trasmissione spontanea di informazioni tra Stati, laddove tali informazioni vengano ritenute utili ad intraprendere o a concludere con successo inchieste o procedimenti penali. Lo strumento dello scambio di informazioni consente di ricevere ed utilizzare nel corso delle indagini, in tempi rapidi, dati e documenti. In questa prospettiva si collocano ed operano i *memorandum di intesa* stipulati dalla Direzione Nazionale Antimafia con gli uffici della Procura generale di molti Paesi (l'Albania, la Repubblica Dominicana, l'Argentina, il Perù, la Repubblica di Lituania, la Repubblica Ceca, la Repubblica Slovacca, la Repubblica Polacca, il

Guatemala, la Repubblica Popolare di Cina, l'Ucraina, la Lettonia, la Confederazione Elvetica, la Repubblica di Ungheria, la Federazione Russa, Moldova, la Colombia, il Kazakhstan, la Repubblica Democratica e Popolare di Algeria, la Repubblica Federale della Nigeria, Malta, Estonia, Serbia, Messico, Bolivia, Macedonia, Iran, Uzbekistan, Brasile, Bulgaria, Francia, Spagna, Cile, Venezuela e Georgia) nonché con organismi transazionali quali l'Ufficio Europeo Antifrode (OLAF) e l'Ufficio delle Nazioni Unite che sviluppa la politica e l'attività nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale (UNODC).

Gli orientamenti della giurisprudenza sul regime giuridico applicabile alle “informazioni” provenienti da Autorità straniere.

Una sintesi delle pronunce più rilevanti sul tema dei limiti di utilizzabilità delle informazioni provenienti da Autorità straniere è utile a comprendere il relativo regime giuridico all'interno del nostro ordinamento giudiziario.

L'utilizzabilità delle informazioni fornite da Autorità straniera al di fuori di una richiesta di assistenza giudiziaria è disciplinata dall'art. 78 disp. att. c.p.p. La norma in base ad un costante principio giurisprudenziale, appare applicarsi alla fase dibattimentale, non a quella delle indagini (v. tra tutte *Sez. 2, Sentenza n. 20100 del 08/03/2002*).

In tema di rapporti giurisdizionali con autorità straniere, è legittima l'acquisizione all'estero da parte della polizia italiana di documentazione in collaborazione con le autorità locali, secondo modalità prescindenti dall'espletamento di rogatorie internazionali, in una fase antecedente l'accertamento della notizia criminis, nella quale non trovano ancora spazio le garanzie di cui all'art. 727 e segg. cod. proc. pen. (in applicazione di tale principio la Corte ha censurato l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva annullato il sequestro probatorio in considerazione dell'impossibilità di accertare il fumus delicti, facendo riferimento la denuncia a documentazione acquisita all'estero 'per le vie brevi' e attraverso canali riservati, secondo modalità estranee al codice di rito) (v. *Sez. 3, Sentenza n. 41534 del 06/11/2002 Cc.*).

Con riferimento all'utilizzo di atti ed informazioni trasmessi spontaneamente da altri Stati, per l'emissione di misure cautelari, la giurisprudenza è stata costante nel ritenere che “gli Stati contraenti hanno reciprocamente e ufficialmente riconosciuto la compatibilità col proprio ordinamento delle procedure di polizia proprie di ciascun Paese contraente, come è reso evidente dal solo limite di utilizzabilità immediata a fini di prova, di volta in volta rimesso alla discrezione dell'Autorità giudiziaria dello Stato che attraverso i suoi organi ha fornito l'informazione” (cfr. Cass. Pen. *Sez. 6, Sentenza n. 2092 del 09/06/1999 Cc. (dep. 15/07/1999) Rv. 214074*). Il caso oggetto di questa pronuncia si riferiva alla utilizzabilità ai fini della applicazione di misure cautelari, per indagati di traffico di droga, di

un rapporto della DEA statunitense, così di fatto estendendo anche ad atti ed informazioni provenienti da Paesi extraeuropei i principi contenuti nella Convenzione di Shengen.

L'art.78 disp att. Cpp, sulla base dell'orientamento della Corte di Cassazione, è dunque applicabile solo nel caso di atti raccolti all'Estero con il sistema delle rogatorie e sono utilizzabili nel nostro procedimento se assunti legalmente in base alla "lex loci" e cioè quella, del Paese destinatario della rogatoria.

I verbali di prova di procedimenti penali stranieri sono utilizzabili (a dibattimento) se acquisiti conformemente alla legge dello Stato straniero e conformi alla normativa italiana attinente le essenziali esigenze dei diritti della difesa (Cass. Sez. VI-11421 del 25.11.1995).

Netta è comunque la separazione effettuata dalla Giurisprudenza della S.C., in materia di utilizzabilità, tra le rogatorie all'estero e le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale all'estero che spontaneamente ed autonomamente l'Autorità giudiziaria di uno Stato offre all'Autorità giudiziaria italiana.

Infatti, le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale all'estero, che spontaneamente ed autonomamente l'Autorità giudiziaria di uno Stato offre all'Autorità giudiziaria italiana, restano estranee all'area dell'inutilizzabilità speciale di cui all'art. 729, comma primo, cod. proc. pen., che attiene alle rogatorie "all'estero" (cfr. Cass. Pen. Sez. 2, **Sentenza** n. 44673 del 12/11/2008). Conformemente, in base a Cass. Pen. Sez. 6, **Sentenza** n. 9960 del 27/01/2005 "La sanzione dell'inutilizzabilità sancita dall'art. 729, comma primo, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 13 della legge 5 ottobre 2001, n. 367, è speciale e come tale non è applicabile in via estensiva o analogica al di fuori dello specifico ambito nel quale essa è prevista, cioè quello delle rogatorie "all'estero".

Ancora, Cass. Pen. Sez. 3, **Sentenza** n. 24653 del 27/05/2009 "La sanzione d'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria non si applica ai documenti autonomamente acquisiti dalla parte all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti". (In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che, al fine di valutarne l'utilizzabilità nel processo, la disciplina applicabile è quella dettata dagli artt. 234 e ss. cod. proc. pen.).

Le squadre investigative comuni.

La squadra investigativa comune rappresenta una nuova figura di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati. Nella relazione illustrativa dello schema di disegno di legge concernente le "Squadre Investigative Comuni" redatta dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia (prot. 9/4-5 AD) si prevede la modifica della lettera c) dell'art. 431 cpp. si ribadisce il principio secondo cui i documenti acquisiti all'Estero ed i verbali degli atti non ripetibili, ancorché assunti nella forma non rogatoriale, possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento solo se compiuti con l'osservanza delle norme

previste dal codice di procedura Penale. Ad oggi l'istituto delle Squadre investigative comuni è previsto esclusivamente nell'articolo XXI del Trattato fra Italia e Svizzera del 10 settembre 1998 in materia di assistenza giudiziaria, ratificato dall'Italia con la legge 5 ottobre 2001, n. 367, nonché dal nuovo trattato di mutua assistenza giudiziaria tra Italia e Stati Uniti. Inoltre, limitatamente ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea, essa può coinvolgere non soltanto autorità giudiziarie e di polizia, ma anche autorità non statali, come gli ufficiali in servizio presso l'OLAF, presso l'ufficio europeo di polizia (Europol) o presso *Eurojust*. Per quanto riguarda l'Unione europea, la disciplina delle squadre investigative comuni è stata introdotta con l'articolo 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23.08.05. Le squadre investigative comuni sono previste:

- dall'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo il 12-16 dicembre 2000 e ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2006, n. 146;
- dall'articolo 5 dell'Accordo di mutua assistenza giudiziaria sottoscritto fra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America il 6 giugno 2003;
- dall'articolo 49 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003.

L'Italia non ha ratificato le relative convenzioni.

Rapporti Italia – USA

I rapporti tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America sono attualmente regolamentati da un protocollo denominato "Pantheon", operante tra forze di Polizia, finalizzato ad ottimizzare la cooperazione tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America nella lotta alla criminalità organizzata, attraverso l'implementazione di un canale informativo su soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali di tipo mafioso attive nei due Paesi. Il progetto "Pantheon" nasce, ufficialmente, nel maggio 2005 quando è stato attivato il protocollo d'intesa sottoscritto tra la Direzione Centrale Anticrimine e la Criminal Investigative Division del Federal Bureau of Investigation che prevede, fra le altre cose, lo scambio di investigatori tra la Polizia di Stato e l'FBI.

La nascita del protocollo d'intesa può datarsi tra la fine del 2003 e l'inizio del 2004, quando vennero documentati incontri e avvenimenti in Sicilia, che apparivano agli investigatori sintomatici di uno stabile rapporto tra le famiglie mafiose palermitane e quelle canadesi e statunitensi.

Gli ordinari strumenti della collaborazione giudiziaria internazionale (che con riguardo agli U.S.A. sono le rogatorie disciplinate dal trattato di mutua assistenza in materia penale fra Italia e Stati

Uniti d'America del 1982 ratificato con la legge n. 224 del 26.05.1984) non consentivano un approfondimento globale delle indagini.

Nell'ambito del progetto "Pantheon" si sono sviluppate, per esempio, indagini importanti che hanno dato vita a due importanti processi, molto noti sia in Italia sia negli USA: sono il processo c.d. PIZZA CONNECTION, le cui indagini si sono sviluppate in Italia, negli USA, in Svizzera, Francia e Spagna, ed il processo c.d. IRON TOWER, le cui indagini si sono sviluppate in U.S.A. negli Stati di New York, nel New Jersey, in Pennsylvania e Virginia, a Santo Domingo ed in Italia, a Mombaruzzo (AT) e Palermo. Queste indagini ed i successivi processi fanno comprendere l'importanza di una rete di legami stabili tra polizie e apparati giudiziari dei diversi paesi impegnati nella lotta al crimine di tipo mafioso.

Il mandato europeo di ricerca della prova e alla decisione GAI 2008/978.

La decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio dell'U.E. del 18 dicembre 2008 è relativa al mandato europeo di ricerca delle prove. Si tratta di uno strumento diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali in attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Il MER (mandato europeo di ricerca delle prove) è una decisione giudiziaria che l'Autorità di uno Stato membro emette per acquisire oggetti, documenti e dati ai fini del loro utilizzo nell'ambito dei procedimenti (penali o amministrativi) espressamente tipizzati nell'art. 5, lett. a) – d).

Sono tuttavia esclusi invece dal suo ambito di applicazione (ex art. 4, par. 2) gli interrogatori, le audizioni di testimoni, di indagati, di periti, il prelievo di materiale biologico o di dati biometrici dal corpo di una persona, le intercettazioni di comunicazioni, il controllo dei movimenti bancari.

Il MER viene eseguito secondo le formalità e le procedure indicate dallo Stato di emissione nel rispetto dei principi generali di necessità e proporzionalità ai fini dell'azione penale. I motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione del mandato sono tassativamente elencati nell'art. 13, fatta salva la regola della doppia incriminazione, la cui verifica è esclusa dall'art. 14, par. 2, in relazione ad un ampio catalogo di reati (partecipazione ad un'organizzazione criminale, terrorismo, corruzione, traffico di stupefacenti e tratta degli esseri umani, riciclaggio, ecc.). Il MER coesiste in via transitoria con le vigenti procedure di assistenza giudiziaria sino a quando le tipologie di prova escluse dalla sua applicazione saranno disciplinate da un apposito strumento di reciproco riconoscimento.