



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

SERVIZIO PENALE

Rel. V/02/2012

RELAZIONE TEMATICA

STATO DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI ACQUISIZIONE PROBATORIA ALL'ESTERO

OGGETTO: 675042 - RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE - UTILIZZABILITA' DEGLI ATTI ASSUNTI - Attività di acquisizione probatoria all'estero – Utilizzabilità nel giudizio celebrato in Italia – Limiti e condizioni - Relazione tematica.

RIF. NORM.: Cost. artt. 3, 24, 102, 111; cod. proc. pen.: artt. 191, 270, 512 bis, 696, 727, 729, cod. proc. pen, disp. att.: art. 78; legge 23 febbraio 1961, n. 215; legge 30 settembre 1993 n. 388.

SOMMARIO:

- 1.- Principi generali e questioni di legittimità costituzionale.**
- 2.- Le principali questioni in materia di prove dichiarative.**
- 3.- Altre questioni di natura meramente processuale.**
- 4.- L'utilizzabilità della documentazione spontaneamente consegnata.**
- 5.- La particolarità della disciplina delle intercettazioni**

1.- Principi generali e questioni di legittimità costituzionale.

La Corte di Cassazione, in tema di rogatoria internazionale, ha, fin dall'entrata in vigore del Codice Vassalli, tradizionalmente affermato il principio per cui trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, e, dunque, con il diritto di difesa (Sez. 6, Sentenza n. 44488 del 01/12/2010, dep. 17/12/2010, Rv. 248963; Sez. 1, Sentenza n. 45103 del 07/10/2005, dep. 12/12/2005, Rv. 232701).

È, infatti, principio generale in materia di assistenza giudiziaria penale che l'atto compiuto all'estero su rogatoria sia regolato non dalla legge del Paese richiedente, ma, costituendo esso tipico esercizio della sovranità del Paese richiesto, dalle norme dell'ordinamento di quest'ultimo, alla cui stregua deve esserne verificata la validità (Sez. 6, Sentenza n. 2686 del 19/11/1993, dep. 04/03/1994, Rv. 198237).

Ed invero per la rogatoria internazionale, anche se eseguita con la diretta partecipazione del giudice italiano, trovano applicazione, in virtù del principio "locus regit actum" e in conformità ai canoni di diritto internazionale della prevalenza della "lex loci" sulla "lex fori", non le norme del codice di rito del Paese richiedente, che disciplinano il processo, bensì quelle dello Stato in cui l'atto viene compiuto.

Secondo la Cassazione, il richiamo del secondo comma dell'art. 191 cod. proc. pen. contenuto nell'art. 729, non comporta in tal senso una "translatio" delle norme processuali interne per l'espletamento della rogatoria attiva.

Dal combinato disposto degli artt. 27 e 31 delle preleggi, 191 e 729 cod. proc. pen. si ricavano due postulati: la prova non può essere acquisita in contrasto coi principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano e, quindi, con l'inviolabile diritto di difesa; le concrete modalità di assistenza difensiva sono regolate, per la prevalenza della "lex loci", dalla legge dello Stato in cui viene compiuto l'atto.

Ha, a tal riguardo, precisato la Corte che tra gli ineludibili principi di ordine pubblico non rientra quello diretto a garantire la presenza dell'imputato, manifestazione del più generale diritto di difesa costituzionalmente protetto in sè, ma disciplinato, nelle concrete manifestazioni, dalla legge ordinaria.

Le modalità di concreto esercizio della difesa sono invero rimesse alle scelte discrezionali, non costituzionalmente imposte, del legislatore, che può graduare il diritto, nei molteplici momenti processuali, ritenendolo garantito anche solo dall'assistenza e rappresentanza

defensionale, senza la presenza dell'imputato (Sez. 6, Sentenza n. 11109 del 13/07/1999, dep. 28/09/1999, Rv. 214338).

Inoltre per Sez. 2, Sentenza n. 1173 del 05/03/1999, dep. 8/04/1999, Rv. 212981 - che ha ritenuto che fossero state correttamente utilizzate ai fini cautelari nei confronti del ricorrente le dichiarazioni di un indagato in reato connesso rese davanti all'autorità giudiziaria straniera in presenza del pubblico ministero ma in assenza del difensore e senza l'osservanza delle formalità di cui all'art. 141 bis cod. proc. pen. - la regola dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti di legge, dettata dall'art. 191 cod. proc. pen., deve essere posta in relazione al principio di sovranità ed indipendenza degli Stati, in ragione del quale la validità degli atti processuali compiuti all'estero in base a convenzioni internazionali non può che essere apprezzata con riferimento alla legge del luogo di esecuzione, fatto salvo unicamente il limite costituzionale dell'eventuale contrasto della stessa con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

La disciplina, improntata a questi principi, ha resistito finora ai dubbi di incostituzionalità sollevati in diverse occasioni; a tal riguardo va ricordato che Sez. 1, Sentenza n. 40415, 29/11/2006, dep. 12/12/2006, Rv. 235420 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 724 cod. proc. pen., in relazione all'art. 111 Cost., in quanto l'udienza nella quale la Corte d'appello decide se accogliere una richiesta di rogatoria internazionale non è un'udienza in cui si decidono le modalità di formazione della prova o la loro utilizzabilità, ma vi si svolge una mera verifica sulla sussistenza delle condizioni stabilite dall'ordinamento per l'espletamento dell'atto probatorio richiesto (prova vietata dalla legge italiana, procedimenti per fatti previsti come reato anche in Italia e mancanza di ragioni di discriminazione contro l'imputato). Per tale verso la Corte ha ritenuto legittima la trattazione senza la presenza dell'imputato o del suo difensore, atteso che la garanzia giurisdizionale è assicurata nella fase esecutiva.

Significativamente, Sez. 1, Sentenza n. 45103 del 07/10/2005, dep. 12/12/2005, Rv. 232701, partendo dal presupposto che trovano applicazione le norme del codice di rito dello Stato in cui l'atto viene compiuto con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto coi principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano, tra i quali vi è l'inviolabile diritto di difesa, ha parimenti dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 727 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede la diretta partecipazione dell'imputato alla rogatoria in quanto non trattasi di un principio costituzionalmente garantito, essendo il diritto di difesa assicurato dall'assistenza del difensore.

Del pari nessun rilievo di costituzionalità, per la Corte, è seriamente prospettabile circa la legge 23 febbraio 1961, n. 215, nella parte in cui ha reso esecutiva la Convenzione di

Strasburgo del 20 aprile 1959 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, che consente l'esperimento di rogatorie all'estero anche se disposte in fase dibattimentale con delega a funzionari di polizia giudiziaria.

Per la Cassazione (Sez. 6, Ordinanza n. 7522 del 06/05/1994, dep. 02/07/1994, Rv 199024) tale norma non è incompatibile con gli artt. 24 e 102 della Costituzione giacché nessuno di tali articoli impone che le prove testimoniali siano sempre, necessariamente e direttamente, assunte da un giudice: l'art. 102 infatti postula, quanto alle prove, che ai giudici ne sia riservata in via esclusiva la valutazione e non anche la formazione che non rientra "strictu sensu" nello "juris dicere", come è dimostrato dal rilievo che nell'ordinamento processuale sono utilizzabili nel processo anche mezzi di prova non assunti dal giudice; l'art. 24 a sua volta non risulta violato di per sè dalla suddetta delega, ove l'espletamento della prova sia accompagnato da idonee garanzie del diritto di difesa.

2.- Le principali questioni in materia di prove dichiarative

In tema di prove orali è stato puntualizzato che è utilizzabile, ai fini della decisione, la dichiarazione assunta all'estero nella fase dibattimentale mediante rogatoria internazionale, qualora all'imputato detenuto in Italia sia stato garantito il diritto alla assistenza e alla rappresentanza defensionale, ma non la possibilità di presenziare all'atto, per il rifiuto dello Stato richiesto di autorizzare il suo trasferimento temporaneo. (Sez. 5, Sentenza n. 37126 del 26/9/2007, dep. 9/10/2007, Rv. 238041).

Sul punto va preliminarmente osservato che nessuna convenzione internazionale (neanche la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale), prevede la presenza dell'imputato detenuto in Italia alle prove dichiarative assunte in altro paese in fase dibattimentale.

Spetta in ogni caso al giudice verificare, caso per caso, l'eventuale contrarietà delle modalità di formazione e del contenuto della prova assunta per rogatoria ai principi fondamentali del nostro ordinamento processuale, costituenti il limite inderogabile per l'utilizzabilità degli atti, con speciale riferimento alle garanzie dell'inviolabile diritto di difesa.

Con precedente decisione (Sez. 1, Sentenza n. 19678 del 3/3/2003, dep. 28/4/2003, Rv. 225744) è stato peraltro confermato che sono utilizzabili ai fini della decisione, perché non in contrasto con i principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano e, in particolare con le garanzie costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio, le prove

dichiarative assunte all'estero nella fase dibattimentale mediante rogatoria internazionale, con l'assistenza e la rappresentanza defensionale, ma senza la presenza dell'imputato, detenuto in Italia, la cui istanza di trasferimento temporaneo, pur regolarmente inoltrata dallo Stato richiedente, sia stata respinta dallo Stato richiesto in base alla normativa pattizia (nella specie la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata il 20 aprile 1959).

In tal senso sono utilizzabili le prove assunte all'estero allorché, nel rispetto delle norme del luogo, l'assistenza dell'imputato sia stata comunque assicurata da difensore ivi abilitato, poiché in tal modo è garantita la difesa tecnica.

Analogamente deve ritenersi utilizzabile la prova espletata mediante l'esame dei testi condotto direttamente dal giudice, anziché dalle parti, atteso che il nuovo processo penale non realizza integralmente il processo di parti ma conserva, ove esigenze di giustizia lo richiedano, un ruolo del giudice nella raccolta delle prove (Sez. 6, Sentenza n. 7962 del 29/4/1993, dep. 24/8/1993, Rv. 194901).

Il principio si colloca nel solco di una giurisprudenza ormai costante, che esclude la necessità di adeguamento dell'attività svolta all'estero in maniera assoluta alle regole interne di utilizzabilità della prova e, in particolare, per mancata accettazione dell'autorità richiesta da quella italiana della traduzione dell'imputato detenuto per consentirne la presenza fisica.

L'assicurazione di tale presenza non rientra tra i principi fondamentali e inderogabili del nostro ordinamento, ai fini del legittimo espletamento della rogatoria all'estero: pur essendo manifestazione del più generale ed inviolabile diritto di difesa, le concrete modalità di esercizio del diritto dell'imputato a partecipare al contraddittorio sono rimesse alle scelte discrezionali del legislatore che può graduare il diritto, nei molteplici momenti processuali, sia come tutela piena nell'endiadi dell'autodifesa e della difesa tecnica, sia soltanto come assistenza e rappresentanza defensionale, atteso che pure l'art. 111 Cost., comma 5, ammette la derogabilità al pur fondamentale principio del contraddittorio per la prova nei casi di "accertata impossibilità di natura oggettiva", non potendo ragionevolmente pretendersi che il sistema processuale straniero si conformi integralmente a quello interno (in tema v. Sez. 1, Sentenza n. 41005 del 28/11/2002, dep. 5/12/2002, Rv. 223202).

E non può definirsi requisito di legittimità e di utilizzabilità della prova assunta per rogatoria all'estero la presenza fisica dell'imputato il quale, versando in stato di detenzione, non può essere, nel rispetto della sovranità dei singoli Stati e del principio di ragionevolezza, disposta unilateralmente dallo Stato richiedente, nè imposta allo Stato richiesto.

La regola è coerente con il principio del contraddittorio (in senso soggettivo ed oggettivo) per la formazione della prova dichiarativa in sede dibattimentale, perché l'art. 431 c.p.p.,

comma 1, lett. f, subordina il preventivo inserimento nel fascicolo per il dibattimento degli atti, diversi dai documenti e da quelli non ripetibili, assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale, alla condizione che "i difensori siano stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana".

Nemmeno è causa di inutilizzabilità della prova dichiarativa assunta all'estero mediante rogatoria internazionale, l'assenza del pubblico ministero italiano, in quanto l'art. 4 della convenzione europea di assistenza giudiziaria prevede come facoltativa la partecipazione delle parti, sempre che lo Stato estero vi consenta, ed è l'autorità straniera che raccoglie la prova nelle forme prescritte dalla "lex loci" (Sez. 1, Sentenza n. 26302 del 6/5/2004, dep. 10/6/2004, Rv. 228241).

È stato ulteriormente specificato che, sebbene l'assistenza giudiziaria comporti una collaborazione tra gli Stati sovrani nella quale ognuno di essi di norma rinuncia a pretendere che nell'esecuzione della rogatoria siano applicate rigorosamente tutte le forme previste dal proprio ordinamento interno, la sanzione dell'inutilizzabilità non consegue ad ogni violazione delle modalità previste dall'ordinamento italiano, ma solo, come si evince dal combinato disposto degli artt. 729, comma 1 bis e 727, comma 5 bis cod. proc. pen., alla violazione di modalità esecutive che possono essere richieste in base ad accordi internazionali e che siano state specificatamente indicate dall'autorità giudiziaria richiedente, come nel caso delle dichiarazioni "contra alios" rese da un coimputato senza l'osservanza delle modalità previste dall'art. 63 cod. proc. pen. (Sez. 1, Sentenza n. 41302 del 3/3/2003, dep. 30/10/2003, Rv. 226069).

L'art. 727 cod. proc. pen., che prevede la rogatoria internazionale per l'attività di acquisizione probatoria all'estero, non impedisce che, col consenso delle autorità dello Stato straniero, le prove siano raccolte direttamente dall'autorità giudiziaria italiana.

In applicazione di tale regola, l'esame all'estero dei testi ivi residenti, disposto nella fase dibattimentale ed eseguito direttamente dal giudice italiano, non configura in senso tecnico-giuridico, per il principio di sovranità territoriale, un'udienza dibattimentale tenuta fuori dal territorio nazionale, nè uno strumento non regolamentato di acquisizione della prova, diverso della rogatoria internazionale, ma una rogatoria eseguita con particolari modalità consentite dallo Stato straniero, che non è sottratta alle norme convenzionali e consuetudinarie che regolano i rapporti tra gli Stati (Sez. 6, Sentenza n. 11109 del 13/7/1999, dep. 28/9/1999, Rv. 214337).

Anche se la rogatoria viene eseguita con la diretta partecipazione del giudice italiano, trovano applicazione, per il principio "locus regit actum" non le norme del codice di rito del

Paese richiedente, che disciplinano il processo, bensì quelle dello Stato in cui l'atto viene compiuto.

Un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, inoltre, ha affrontato il problema dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, ex art. 512 bis cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero (Sez. U, n. 27918 del 25/11/2010, dep. 14/07/2011, Rv. 250197. A tal riguardo la Corte ha affermato che è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso - secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria - verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Occorre, inoltre, che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

In materia le Sezioni Unite sono partite dall'affrontare la questione di diritto, oggetto di rimessione, relativa al se l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale, richiesta per l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti, consistesse o meno nella totale e definitiva impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante. Esse hanno ritenuto che dovesse senz'altro essere confermato l'orientamento più restrittivo e prevalente, se non altro perché una diversa interpretazione, quale quella seguita dall'altro orientamento - al pari di ogni altra interpretazione troppo elastica sul requisito della impossibilità oggettiva di assunzione diretta del dichiarante - si sarebbe posta in contrasto con i principi posti dall'art. 111 Cost. Pertanto, l'assoluta impossibilità di ripetizione dell'esame non può consistere in una impossibilità, di tipo giuridico, rappresentata dalla mera circostanza che al giudice italiano non è consentito ordinare, ex art. 133 cod. proc. pen., l'accompagnamento coattivo di persona residente all'estero. Se così fosse, del resto, si vanificherebbe sostanzialmente il requisito, dal momento che una impossibilità giuridica di questo genere è sempre presente in tutte le ipotesi di testimone che risiede all'estero. D'altra parte, la sola impossibilità di ordinare l'accompagnamento coattivo non determina nemmeno una impossibilità giuridica assoluta, essendo praticabili, come si vedrà, altri strumenti, quali la rogatoria internazionale. Poiché il richiamo costituzionale ad una impossibilità di natura oggettiva si riferisce a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, deve escludersi che l'impossibilità possa comunque dipendere esclusivamente dalla volontaria sottrazione del testimone al dibattimento, fatta ovviamente eccezione per l'ipotesi in cui la volontà di non presentarsi si sia determinata "per effetto di provata condotta illecita".

L'impossibilità, oltre che oggettiva, deve essere assoluta. Secondo la Corte essa non può discendere, ad esempio, dalla constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici, connessi alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio. Nemmeno potrebbe integrare una impossibilità assoluta una precaria assenza del testimone dal suo domicilio, o una infermità provvisoria, o il caso in cui il teste, residente all'estero, pur non presentandosi, abbia comunicato la propria disponibilità a rendere l'esame in una data successiva. In altre parole, un'assoluta impossibilità di assumere la prova in contraddittorio si potrà verificare solo quando il giudice, dopo avere esperito tutte le opportune e necessarie attività dirette a localizzare il teste, lo abbia inutilmente citato a comparire ed abbia tentato, altrettanto inutilmente, di fare assumere la prova per rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista", senza raggiungere lo scopo per ragioni a lui non imputabili e insuperabili, ad esempio per la mancanza di convenzioni di assistenza giudiziaria con lo Stato di residenza del teste (cfr., in questo senso, Sez. 3, sent. n. 10199 del 22/11/2005, dep. 2006, Rv. 234561; Sez. 3, sent. n. 12940 del 08/03/2006, Rv. 234637; Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/11/2006, Rv. 235388; Sez. 3, sent. n. 25979 del 23.4.2009, Rv. 243956; Sez. 2, sent. n. 5101 del 17.12.2009, dep. 2010, Rv. 246277).

Per quanto riguarda, invece, l'esecuzione di rogatorie dall'estero, la conforme ordinanza della Corte d'appello non è impugnabile con ricorso per cassazione, mentre gli atti compiuti possono essere esaminati dal giudice dell'esecuzione.

Se, peraltro, la Corte d'appello, anziché dare esecuzione alla rogatoria internazionale, disponga in via autonoma la perquisizione domiciliare ed il sequestro di cose pertinenti al reato, gli interessati possono avvalersi della procedura prevista per il riesame dei provvedimenti cautelari (Sez. 5, Ordinanza n. 3812 del 23/11/1993, dep. 7/12/1993, Rv. 196747).

3.- Altre questioni di natura meramente processuale

Un rilevante punto di arresto è rappresentato da Sez. U, Sentenza n. 15208 del 25/02/2010, dep. 21/04/2010, Rv. 246588, imputato Mills, secondo la quale in tema di applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria, è valida la prova testimoniale assunta nel procedimento avanti al giudice straniero senza la presenza, pur richiesta, del giudice italiano.

In particolare il ricorrente aveva in Cassazione riproposto l'eccezione di nullità o inutilizzabilità degli atti svoltisi per rogatoria a Londra nel settembre del 2007, sul presupposto

della mancata partecipazione ai medesimi del Tribunale rogante (partecipazione che, in effetti, era stata richiesta dal Tribunale in data 13 giugno 2007).

Il giudice di primo grado aveva sostanzialmente osservato che, da un lato, le modalità di svolgimento della attività in rogatoria erano quelle determinate dallo Stato richiesto, senza che nessuna questione fosse stata proposta in relazione all'osservanza della legge britannica, e, dall'altro, che lo Stato estero non aveva dato esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità rogante, posto che la presenza del collegio non era una modalità di esecuzione ma una semplice richiesta di autorizzazione, sì che non poteva porsi alcun profilo di inutilizzabilità degli atti, né ai sensi dell'art. 727, comma 5 bis, c.p.p. né, a maggior ragione, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

La Corte di merito aveva precisato al riguardo che, oltre a doversi rilevare come l'assunzione delle prove fosse avvenuta secondo la "lex loci", una tale eccezione non poteva in ogni caso essere sollevata, alla stregua dell'art. 182 c.p.p., da chi, come la difesa dell'imputato, invocando l'estromissione del collegio dalla partecipazione alla prova, aveva dato causa all'invocata eventuale nullità.

Orbene la Suprema Corte, condividendo le argomentazioni al riguardo, ha nella citata sentenza ricordato che l'art. 4, paragrafo 1, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale chiarisce, con disposizione certamente applicabile anche alle testimonianze, che "on the express request of the requesting Party the requested Party shall state the date and place of execution of the letters rogatory. Officials and interested persons may be present if the requested Party consents" [su espressa richiesta dello Stato richiedente, lo Stato richiesto stabilirà la data ed il luogo di esecuzione delle rogatorie. Autorità e parti private interessate possono essere presenti se lo Stato richiesto vi consente (traduzione del redattore)].

È in base a tale previsione che si è sviluppato, accanto al modello, per così dire, "tradizionale", dell'assistenza interamente ed esclusivamente eseguita dalle autorità dello Stato richiesto, il modello della c.d. rogatoria "partecipata" (ovvero, appunto, eseguita con la partecipazione dell'autorità e anche delle parti private dello Stato richiedente).

La possibilità per l'autorità richiedente di presenziare non presuppone, tuttavia, che nell'esecuzione della rogatoria non debba seguirsi comunque, in base al principio generale operante in materia, la legge dell'autorità richiesta: sicché, specie ove tale partecipazione non sia prevista secondo la "lex loci", lo Stato richiesto resta libero di prestare o negare l'autorizzazione alla partecipazione, fermo restando l'obbligo di avvertire i giudici richiedenti della data e del luogo di esecuzione.

Nella specie l'eccezione di nullità era stata ricondotta in ricorso alla previsione dell'art. 178, lett. a), c.p.p. sul presupposto, evidentemente, del difetto di costituzione del giudice durante l'espletamento del mezzo probatorio.

A tal riguardo – premesso che (secondo quanto emerge dalle sentenze di merito) il Tribunale di Milano ebbe a richiedere, in data 13 giugno 2007, di presenziare alla esecuzione dell'atto richiesto (ovvero l'assunzione delle prove testimoniali), senza che di fatto tale presenza fosse poi attuata per opposizione della stessa difesa del ricorrente accolta dall'autorità giudiziaria britannica – la Corte ha riaffermato le argomentazioni già svolte da questa Corte Suprema (Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2001, n. 3383, P.G. in proc. Modeo ed altri) in una analoga fattispecie di rogatoria "partecipata" [nella quale all'esame dei testimoni in territorio tedesco, condotto dal giudice di quel Paese, aveva partecipato la sola componente togata della Corte d'Assise italiana].

Sicché la Corte ha escluso che sia ravvisabile alcuna nullità discendente dal precetto dell'art. 178, lett. a), c.p.p., perché la rogatoria, anche se "concelebrata" presuppone pur sempre l'esercizio del potere giurisdizionale solo da parte del giudice straniero, il quale media l'eventuale intervento degli organi della parte richiedente, sicché deve escludersi, per questi ultimi organi, qualunque esercizio di potere giurisdizionale su territorio estero.

Un problema di utilizzabilità della prova assunta all'estero potrebbe porsi concretamente solo ove sussistesse incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, da non identificare con tutto il complesso delle regole dettate dal codice di rito, costituendo l'adesione al Trattato un implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.

Interessantissima appare inoltre Sez. F, Sentenza n. [34571](#) del 28/08/2008, dep. 03/09/2008, Rv. 240914 in tema di mandato d'arresto europeo. La sentenza ha affermato che non viola l'art. 2 della l. n. 22 aprile 2002 n. 69 il mandato d'arresto europeo che utilizzi a fini probatori l'accertamento del DNA eseguito su prelievi di liquidi biologici acquisiti dall'imputato senza il suo consenso. In ciò la pronuncia riprendeva Sez. F, Sentenza n. 34294 del 21/08/2008, dep. 27/08/2008, Rv. 240713 relativa ad un caso di mandato di arresto europeo emesso dalle autorità austriache, nel quale gli indizi che avevano giustificato la custodia in carcere erano costituiti dalla prova del DNA, effettuata su prelievi ematici prelevati all'imputato durante un pregresso periodo di detenzione in Germania e ivi conservati in una apposita banca-dati). Al riguardo la Cassazione aveva affermato che non è in contrasto con le garanzie costituzionali di cui al già ricordato art. 2, comma primo della legge 22 aprile 2005, n. 69 la richiesta di consegna che si fondi su indizi di colpevolezza costituiti da reperti biologici prelevati all'imputato ad altri fini e conservati in una banca-dati del DNA.

Nella motivazione di quest'ultima si legge che nel nostro ordinamento la prova del DNA è ammessa ed è ritenuta legittimamente utilizzabile (Sez. 1, 30 giugno 2004, dep. 15 dicembre 2004, n. 48349) anche nel caso in cui il reperto per l'esame sia stato prelevato, in mancanza di uno specifico consenso dell'imputato, nell'ambito di accertamenti sanitari cui la persona si è sottoposta per altre e diverse finalità (Sez. 6, 28 aprile 2005, dep. 4 luglio 2005, n. 24586). La mancanza di una espressa previsione nel nostro ordinamento di una norma che stabilisca "casi" e "modalità" per i prelievi "ematici coattivi" per svolgere gli accertamenti DNA, nei limiti stabiliti dalla sentenza costituzionale n. 286 del 1996, non esclude il prelievo di altri reperti biologici, con modalità non invasive e non lesive dell'integrità personale; reperti che gli attuali protocolli medico-scientifici ritengono altrettanto affidabili per svolgere accertamenti sul DNA. Ciò trova conferma nell'art. 349 c.p.p. che prevede espressamente il prelievo di "saliva" o di "capelli", anche senza il consenso dell'interessato mediante autorizzazione scritta dell'autorità giudiziaria.

Del resto, la disciplina processuale di altro Stato - relativa all'acquisizione e all'utilizzo di prove che non siano in contrasto con il principio fondamentale del divieto di "influire sulla libertà di autodeterminazione e non pregiudica la libertà morale" - non integra la lesione di diritti fondamentali anche preveda prelievi biologici per l'esame del DNA con modalità diverse da quelle stabilite nel nostro ordinamento. Lo stesso vale per l'acquisizione dell'elemento da una "banca dati" centralizzata di uno Stato diverso rispetto a quello che ha richiesto la consegna e alla quale non potrebbe fare ricorso lo Stato italiano, visto che per l'accesso delle autorità italiane a tale "banca dati" estera la "Decisione quadro" e la legge attuativa non pongono divieti. Inoltre, le modalità di acquisizione della prova e i limiti di utilizzo previsti nello Stato richiedente non possono essere oggetto di sindacato ai fini della sussistenza delle condizioni richieste per la consegna nell'ambito della procedura del mandato d'arresto europeo, sempre che non si tratti di accertamenti ontologicamente lesivi di diritti fondamentali della persona.

4.- L'utilizzabilità della documentazione spontaneamente consegnata

Per quanto riguarda la rilevanza di documenti extraprocessuali formati integralmente in territorio straniero, senza alcuna partecipazione dell'autorità o della polizia giudiziaria italiana, è stato affermato che l'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria, nei casi previsti dall'art. 729 cod. proc. pen., non si applica all'acquisizione di informazioni emerse all'interno di un procedimento penale, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità giudiziaria estera ha offerto all'autorità giudiziaria italiana (Sez. 2, Sentenza n. 11116 del 20/2/2009, dep. 13/3/2009, Rv. 243429).

Nella decisione sopra richiamata è stato precisato che le modalità di ingresso delle fonti di prova formate all'estero non devono necessariamente passare attraverso lo strumento processuale della rogatoria.

L'art. 727 c.p.p. disciplina soltanto l'attività dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero diretta all'acquisizione probatoria, che costituisce espressione precipua del potere statale, che non può altrimenti dispiegarsi sul territorio o, comunque, nei confronti di una nazione straniera senza l'adozione di procedure che garantiscano il consenso di quello Stato, la cui sovranità resterebbe irrimediabilmente vulnerata.

La fonte di prova proveniente dall'estero è soggetta alla stessa disciplina prevista per le analoghe fonti di prova interne e, pertanto, la rogatoria non è un mezzo esclusivo di acquisizione: la stessa funzione può essere assolta da qualunque altro lecito strumento, a cura di soggetti diversi dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero.

In applicazione di questa regola, senza dover necessariamente ricorrere alla rogatoria, la polizia italiana può, quando non si valga di una specifica delega del giudice o del P.M. (nel qual caso la sua attività si imputerebbe direttamente al giudice o al P.M.) acquisire informazioni e documenti all'estero nell'ambito dei canali, anche informali, della collaborazione internazionale.

Tale attività informativa, che avviene sempre su base consensuale, non implica alcun profilo direttamente attinente alla sovranità degli Stati e nè l'art. 729 c.p.p., nè altre norme, vietano lo scambio di documenti e informazioni tra polizie di vari paesi, che la consuetudine internazionale conosce da sempre e, anzi, tende a istituzionalizzare, attribuendo loro una tendenziale funzione probatoria.

La più recente evoluzione del panorama normativo internazionale e comunitario tende a rafforzare la rapida e mutua assistenza giudiziaria, ma soprattutto intende superare il concetto di "assistenza" per sostituirvi quello di "cooperazione", ritenuto necessario per una più efficace lotta contro il crimine transnazionale, sul presupposto della sostanziale conformità degli ordinamenti dell'area europea agli stessi fondamentali principi di tutela dei diritti fondamentali della persona e sulla base della mutua fiducia nella capacità degli Stati di garantire un processo equo.

Anzi, si può dire che con l'Accordo di Schengen è stata verificata la compatibilità coi principi basilari del nostro ordinamento delle procedure e delle attività di autorità di polizia di numerosi Stati, istituzionalizzando in forma amplissima e permanente la collaborazione delle Polizie dei vari Paesi aderenti.

In particolare, alla stregua dell'art. 39, secondo paragrafo di detta convenzione e nel contesto della "cooperazione" fra le varie polizie, le informazioni scritte fornite dalla Parte

contraente richiesta" dai vari servizi di polizia, ai fini della prevenzione e della ricerca di fatti punibili, "possono essere usate dalla Parte contraente richiedente per fornire la prova dei fatti oggetto delle indagini soltanto previo accordo delle autorità giudiziarie competenti della Parte contraente richiesta", e secondo il successivo art. 46 "in casi particolari ciascuna parte contraente può, nel rispetto della propria legislazione nazionale e senza esservi invitata, comunicare alla Parte contraente interessata informazioni che possono essere importanti per quest'ultima ai fini dell'assistenza per la repressione di futuri reati, della prevenzione di reati" e lo scambio di informazioni può avvenire anche "direttamente tra le autorità di polizia interessate" (in argomento v. Sez. 2, Sentenza n. 20100 dell'8/3/2002, dep. 22/5/2002, Rv. 222026).

L'efficacia e l'utilizzazione delle informazioni e delle fonti di prova raccolte all'estero (come nel caso di atti amministrativi di carattere informativo, quali i tabulati dei transiti alla frontiera, trasmessi spontaneamente dalla polizia straniera) possono dunque prescindere, quando esse non afferiscano ad attività di acquisizione probatoria direttamente ascrivibile al giudice o al magistrato del pubblico ministero, dal riferimento all'art. 727 c.p.p. e ss. e deve essere affrontato in modo non dissimile da quanto avviene per le analoghe fonti di prova di origine nazionale.

Il citato indirizzo interpretativo è stato ulteriormente condiviso dalla Suprema Corte, con la precisazione che le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale all'estero, che spontaneamente ed autonomamente l'Autorità giudiziaria di uno Stato offra all'Autorità giudiziaria italiana, restano estranee all'area dell'inutilizzabilità speciale di cui all'art. 729, comma primo, cod. proc. pen., che attiene alle sole rogatorie "all'estero" (Sez. 2, Sentenza n. 44673 del 12/11/2008, dep. 1/12/2008, Rv. 242209).

Di conseguenza, la documentazione spontaneamente trasmessa dall'Autorità straniera è pienamente utilizzabile, allorchè il conferimento non sia stato formulato dall'Autorità giudiziaria, ma segua i normali canali di cooperazione informativa, che sono espressione di naturale collaborazione istituzionale nei settori di specifica competenza tra le singole amministrazioni.

È stata anche riconosciuta l'utilizzabilità di una rogatoria disposta in fase dibattimentale ed effettuata all'estero con esclusione di testimoni da parte di ufficiali di polizia giudiziaria temporaneamente investiti di funzioni giurisdizionali in base ad una "lex loci" che a tanto li autorizzi (Sez. 6, Sentenza n. 2999 del 18/12/1995, dep. 26/3/1996, Rv. 204795).

Resta, comunque, salva la dimostrazione che le informazioni, la documentazione o gli atti, siano stati ottenuti in modo illecito o fraudolento così da mettere in dubbio la

"spontaneità" (cfr. in motivazione Sez. 6, Sentenza n. 9960 del 27/1/2005, dep. 14/3/2005, Rv. 231048).

Una interpretazione corretta dell'art. 729 c.p.p., deve far ritenere inutilizzabili soltanto le prove acquisite o trasmesse dalle Autorità straniere in violazione di specifiche disposizioni internazionali inequivocabilmente dirette ad introdurre modalità inderogabili di acquisizione e di trasmissione.

Nel caso specifico della documentazione bancaria può applicarsi la disciplina di cui all'art. 234 c.p.p., in quanto non è contestabile la natura documentale degli atti, essendo gli stessi ricognitivi di una realtà contabile e assolutamente rilevanti per ricostruire il complessivo quadro finanziario, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, delle operazioni effettuate all'interno del contesto in cui si è sviluppato il fatto da accertare.

Va tuttavia sottolineato che gli atti provenienti da autorità giudiziaria straniera possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento e utilizzati da giudice, anche se la mera allegazione al fascicolo, di un atto o documento, ha funzione soltanto strumentale rispetto alla formazione della prova e non equivale, di per sè, ad "acquisizione" dei relativi contenuti: il momento al quale deve aversi riguardo, sia per verificare la correttezza dell'inserimento nel fascicolo sia per l'effettiva attuazione del principio della formazione della prova al dibattimento nel contraddittorio delle parti, è invece quello in cui il giudice manifesta la decisione di volersi avvalere di quell'atto o documento e la decisione sulla "utilizzabilità" non può prescindere dalla "tipicità" dell'atto volta a volta considerato e dalla conformità ai principi di ordine pubblico (Sez. 6, Sentenza n. 2963 del 14/1/1999, dep. 5/3/1999, Rv. 212733).

5.- La particolarità della disciplina delle intercettazioni

Una breve trattazione a parte merita la disciplina delle intercettazioni: per Sez. 1, Sentenza n. 42478 del 31/10/2002, 17/12/2002, Rv. 222984, le intercettazioni telefoniche ritualmente compiute da un'Autorità di Polizia straniera e da questa trasmesse di propria iniziativa, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, ratificata con l. 23 febbraio 1961, n. 215, e dell'art. 46 dell'Accordo di Schengen, ratificato con legge 30 settembre 1993 n. 388, senza l'apposizione di "condizioni all'utilizzabilità", alle Autorità italiane interessate alle informazioni, rilevanti ai fini dell'assistenza per la repressione di reati commessi sul loro territorio, possono essere validamente acquisite al fascicolo del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 78, comma 2, disp. att. c.p.p., trattandosi di atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera.

Nel ricorso era stata dedotta l'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche per la violazione della normativa in materia di rogatorie internazionali: secondo la Corte, invece, le telefonate acquisite agli atti del processo erano pienamente utilizzabili, trovando applicazione ai sensi dell'art. 696 comma 1 c.p.p., le convenzioni internazionali firmate dallo Stato Italiano (a partire dalla Convenzione europea firmata a Strasburgo il 20/4/1959), che costituiscono fonte primaria di regolamentazione in tema di assistenza giudiziaria e che prevalgono, per esplicita previsione dell'art. 696 comma 2 c.p.p., sulla normativa prevista dagli artt. 697 e segg. c.p.p.

Infatti dette intercettazioni erano frutto di attività di polizia, svolta dagli organi di polizia tedeschi di propria iniziativa, e sono state trasmesse dalla polizia tedesca nell'ambito di una collaborazione prevista da convenzioni internazionali, e cioè la Convenzione Europea firmata a Strasburgo e ratificata in Italia con L. 13/4/1961, successivamente integrata con l'accordo di Schengen n. 388 del 30/9/1993.

In particolare, ai sensi dell'art. 46 dell'accordo di Schengen, "la Parte contraente può, nel rispetto della propria legislazione nazionale e senza esservi invitata, comunicare alla Parte contraente interessata informazioni che possono essere importanti per quest'ultima ai fini dell'assistenza per la repressione di futuri reati.....".

In particolare la Corte ha ritenuto che l'accordo di Schengen fosse applicabile a maggior ragione perché le telefonate furono intercettate prima che entrasse in vigore il suddetto accordo internazionale.

Le suddette intercettazioni, anche se non potevano essere acquisite al fascicolo del dibattimento in assenza di consenso delle parti, ben potevano essere validamente acquisite al fascicolo del Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 78 comma 2 disp. att. c.p.p., trattandosi di atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera.

Sempre in tema di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in altri procedimenti, Sez. 5, Sentenza n. 5170 del 26/11/1996, dep. 03/02/1997, Rv. 207867 nonché Sez. 1, Sentenza n. 1772 del 26/04/1993, dep. 24/07/1993, Rv. 194754 hanno affermato che possono essere utilizzate in un procedimento italiano le intercettazioni telefoniche disposte in procedimenti penali esteri, acquisite per rogatoria dall'autorità giudiziaria italiana, purché siano rispettate le condizioni eventualmente poste dall'autorità estera all'utilizzabilità degli atti richiesti, come previsto dall'art. 729 cod. proc. pen..

Roma, 19 ottobre 2012
Redattori: Fulvio Baldi – Luigi Cuomo

Il vice direttore
(Domenico Carcano)