

EDITORIALE / EDITORIAL

OLIVIERO MAZZA

La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli) /
The Court of Cassation under assault and the need of an urgent reform which can combine
efficiency with the guarantees of rights (Considerations regarding the "Carta di Napoli").....1

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ROBERTO PUGLISI)	11
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (ANDREA CABIALE)	15
<i>De jure condendo</i> (ORIENTA BRUNO)	19
Corti europee / <i>European courts</i> (ANTONIO BALSAMO)	24
Corte costituzionale (ROBERTO DE ROSSI)	28
Sezioni Unite (PAOLA MAGGIO)	31

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Escluso il conflitto "analogo" di competenza tra pubblico ministero e giudice: spetta al pubblico ministero liquidare i compensi del consulente tecnico che ha nominato	41
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 febbraio, n. 9605 Conflitti analoghi, abnormità, competenza in materia di liquidazione dei compensi del consulente tecnico del pubblico ministero: il punto fermo delle Sezioni Unite / <i>Conflicts</i> <i>regarding the power to determine the fees of the expert witness called upon by the public</i> <i>prosecutor: the ruling of the supreme court</i> (PAOLA CORVI)	46
Nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta, e non per equivalente, del profitto dei reati tributari	53
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 marzo 2014, sentenza, n. 10561 La confisca sui beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai vertici so- ciali: diretta o per equivalente? / <i>The confiscation of corporation property for tax crimes</i> <i>committed by organs: direct or equivalent?</i> (LORENA PUCETTI)	60
La necessità di indicazioni puntuali nel divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa	68
Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza 28 marzo 2014, n. 14766 La "distanza minima di sicurezza" a vantaggio della persona offesa deve essere rigoro- samente determinata dal giudice / <i>The "minimum safe distance" of the offender by the</i> <i>victim should always be strictly determined by the court</i> (FRANCESCA ROMANA MITTICA)	70
La Corte e.d.u. condanna l'Italia per violazione del <i>ne bis in idem</i> in tema di manipolazione del mercato	78
Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014 – Ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – Grande Stevens e altri c. Italia Abusi di mercato (ma non solo) e <i>ne bis in idem</i> : scelte sanzionatorie da ripensare? / <i>Market</i> <i>abuses and double jeopardy in the judgment of the European Court of Human Rights: is it necessary</i> <i>to rethink the punishment system?</i> (ANDREA FRANCESCO TRIPODI)	102

**DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS**

DONATELLA CURTOTTI

La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative / *The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures* 115

FILIPPO GIUNCHEDI

Captazioni "anomale" di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine? / *"Abnormal" abstraction of communication: unconstitutional evidence or mere investigations?* 133

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

ADOLFO SCALFATI

La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014 / *The questionable solutions brought by the law n. 64/2014* 141

INDICI / INDEX

Autori / <i>Authors</i>	147
Provvedimenti / <i>Measures</i>	148
Materie / <i>Topics</i>	148

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di *Andrea Cabiale*

PUBBLICATA LA DIRETTIVA 2014/41/UE SULL'ORDINE EUROPEO D'INDAGINE PENALE: SEMPLIFICAZIONI, (S)FIDUCIA RECIPROCA E COMPROMESSI, PER TENTARE DI SUPERARE LE ROGATORIE

Nel novembre del 2009, la Commissione europea, presentando il "Libro verde" sulla ricerca delle prove e sulla garanzia della loro ammissibilità, metteva sul tavolo due fondamentali questioni: innanzitutto, si domandava agli Stati membri se fosse opportuno elaborare un sistema generale di acquisizione probatoria basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie; inoltre, veniva chiesta un'opinione sulla possibilità di introdurre, a livello europeo, «norme comuni per la raccolta delle prove».

Gli Stati risposero – in genere – favorevolmente alla prima proposta.

Fino ad allora, infatti, sebbene l'Unione europea avesse già tentato di creare strumenti alternativi al complesso sistema delle rogatorie, i risultati ottenuti erano stati piuttosto deludenti: la decisione quadro 2003/577/GAI permetteva di dare rapida esecuzione, in ogni Stato membro, ai provvedimenti giudiziari di sequestro probatorio; tuttavia, il successivo trasferimento del materiale sequestrato avveniva ancora secondo le tradizionali procedure di assistenza giudiziaria. La decisione quadro 2008/978/GAI aveva invece delineato il mandato europeo di ricerca della prova, la cui operatività era però limitata all'acquisizione di oggetti, documenti e dati, ossia alle sole prove precostituite.

Era stato quindi accolto con favore il progetto di creare un nuovo istituto di cooperazione giudiziaria fruibile per qualsiasi tipo di prova.

Tutt'altro discorso per il secondo quesito: la maggior parte degli Stati membri riteneva ancora prematura l'idea di imporre regole probatorie comuni; d'altra parte, si affermava, il principio del mutuo riconoscimento era stato teorizzato proprio per garantire la conservazione delle diversità esistenti fra

i vari ordinamenti e non per promuoverne il superamento.

La direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, istitutiva dell'ordine europeo di indagine penale (OEI), sembra lo sbocco naturale delle indicazioni provenienti da quella consultazione: come si vedrà, invocando la fiducia reciproca, è stato semplificato e velocizzato l'iter che conduce al riconoscimento, all'interno dell'Unione europea, dei provvedimenti giudiziari in tema di prova; d'altro canto, però, la formazione di una disciplina probatoria minima, condivisa da tutti i Paesi membri, sembra restare ancora un approdo decisamente lontano.

L'OEI è una «decisione giudiziaria» emessa dall'autorità competente di uno Stato membro («Stato di emissione») «per compiere uno o più atti di indagine specifici» in un altro Stato membro («Stato di esecuzione») «ai fini di acquisire prove»; può avere a oggetto anche «prove già in possesso» dello Stato richiesto e la sua emissione può essere domandata all'autorità designata, anche dall'indagato, dall'imputato e dai rispettivi difensori (art. 1). L'organo emittente può essere un giudice, un pubblico ministero, o qualsiasi altra «autorità inquirente» che, nell'ambito di un procedimento penale, è «competente a disporre l'acquisizione di prove»; qualora, però, non si tratti di un'autorità giudiziaria, quest'ultima deve comunque intervenire per convalidare l'emissione dell'ordine (art. 2).

In breve, dunque, questo nuovo strumento di cooperazione giudiziaria consiste in un provvedimento di acquisizione probatoria transnazionale, che può riguardare «qualsiasi atto d'indagine» (art. 3), dall'audizione di un possibile testimone, all'intercettazione, dall'apprensione di un documento, alla perquisizione; sono quindi inclusi sia i mezzi di prova, sia i mezzi di ricerca della prova, tanto le prove precostituite, quanto quelle costituende.

Peraltro, come già accaduto per il mandato europeo di ricerca della prova, non è stata inserita alcuna precisazione, tesa a distinguere gli atti proba-

tori formati durante la fase investigativa da quelli dibattimentali: infatti, l'art. 1 tratta di «atti di indagine» compiuti al fine di acquisire – indistintamente – «prove».

Ciò dipende dal fatto che, come è noto, nel variegato panorama giuridico eurounitario, coesistono discipline processuali che separano nettamente la fase preliminare da quella del giudizio vero e proprio (ad esempio, Inghilterra e Italia) e altre, basate sul sistema misto, in cui la “prova” utilizzabile per emettere sentenza può tendenzialmente formarsi già durante la fase istruttoria predibattimentale (Francia e Germania).

La generica formula usata nella direttiva permette allora di rappresentare qualsiasi tipo di ordinamento processuale e spetterà poi alle singole legislazioni nazionali precisare eventuali limiti all'utilizzo delle “prove” ottenute.

Nel contesto italiano, dovrebbe essere il pubblico ministero l'autorità competente a emettere l'OEI e il risultato dell'attività investigativa realizzata all'estero – al termine delle indagini – seguirà presumibilmente un regime simile a quello previsto dall'art. 431, comma 1, lett. d) e f), per gli atti compiuti per mezzo di rogatoria.

Siccome, fra i soggetti competenti per l'emissione, è stata indicata qualsiasi «autorità inquirente», anche non giudiziaria, «competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale», ci si può domandare se la polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero al compimento di attività di indagine (art. 370 c.p.p.) possa eventualmente dirsi legittimata a emettere l'ordine, naturalmente seguito da convalida.

Merita di essere segnalata la possibilità che siano oggetto di OEI anche le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione»: tale espressione sembra indicare non soltanto le prove precostituite, ma anche i verbali di prove costituite acquisite nel corso di un procedimento penale, come un interrogatorio, l'audizione di una persona informata sui fatti, o una testimonianza. In tali casi, non dovrebbe tuttavia trovare applicazione l'art. 78 disp. att. c.p.p., che – al primo comma – lega l'acquisizione degli atti di un procedimento penale straniero al rispetto del regime previsto dall'art. 238 c.p.p.: la giurisprudenza maggioritaria ritiene infatti che queste disposizioni non operino in fase investigativa, ma soltanto con riferimento all'acquisizione dibattimentale.

Particolarmente apprezzabile pare poi l'opportunità attribuita all'indagato, all'imputato e ai difensori di chiedere l'emissione di un OEI: bisognerà tuttavia stabilire a quali condizioni e con quali mo-

tivazioni la richiesta difensiva possa essere rigettata e se, avverso tale decisione, sia configurabile una qualche impugnazione oppure opposizione. Può comunque destare perplessità l'esclusione della vittima fra i soggetti legittimati alla richiesta.

La procedura di emissione si concretizza materialmente nella compilazione di un modulo uniforme prestampato, in cui devono essere indicati – fra l'altro – l'oggetto dell'indagine, le disposizioni di diritto penale applicabili, l'atto da compiere e gli elementi di prova da ottenere (art. 5). Successivamente, l'OEI viene trasmesso direttamente all'autorità competente per il riconoscimento e l'esecuzione (art. 7), la quale, peraltro, è stata individuata in modo assai più vago rispetto a quella di emissione (art. 2, lett. d).

Così come accaduto per il mandato di arresto europeo e quello di ricerca della prova, è comunque venuto meno il filtro del controllo politico, che generalmente contraddistingue le forme di assistenza giudiziaria in tema di rogatoria: quale primario effetto dell'applicazione del mutuo riconoscimento, le «autorità centrali» sono state relegate al ruolo di supporto tecnico-amministrativo, potendo essere designate soltanto per la trasmissione e la ricezione degli ordini di indagine penale e la relativa corrispondenza ufficiale (art. 7, par. 3).

Ogni valutazione sul merito spetta infatti alle autorità di emissione e di esecuzione.

Alla prima, è affidato un duplice vaglio (art. 6, par. 1): in primo luogo, l'emissione deve essere «necessaria e proporzionata rispetto ai fini del procedimento», tenuto conto anche dei diritti dell'indagato o dell'imputato: sembra quindi che il compimento dell'atto investigativo richiesto debba essere determinante per la prosecuzione delle indagini o, comunque, per orientare la decisione del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione penale; inoltre, non devono esistere strumenti meno gravosi per ottenere il risultato probatorio cui mira l'autorità inquirente.

In secondo luogo, l'attività investigativa oggetto dell'ordine deve poter essere esperita «alle stesse condizioni in un caso interno analogo»; in altre parole, l'autorità di emissione non può aggirare le proprie regole processuali nazionali, chiedendo ad altri di compiere un atto che, all'interno del proprio ordinamento, le è vietato.

Queste valutazioni sono pressoché insindacabili da parte dell'autorità di esecuzione, che può soltanto avviare una sorta di consultazione in merito all'«importanza di eseguire l'OEI» (art. 6, par. 2).

Quest'ultima gode tuttavia di ben altri poteri, di indubbia incisività sulla fase di esecuzione.

Innanzitutto, secondo quanto previsto dall'art. 9, par. 1, l'esecuzione dell'ordine di indagine avviene «nello stesso modo e secondo le stesse modalità» che verrebbero seguite, se l'atto fosse disposto da un'autorità interna: la «prova» viene dunque formata secondo le regole e le procedure dello Stato di esecuzione.

Tuttavia, posto che – come ben noto – le regole probatorie possono differire notevolmente fra gli Stati membri, sono stati previsti due correttivi già sperimentati per le tradizionali rogatorie.

Innanzitutto – così come stabilito pure dall'art. 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 – l'autorità di esecuzione deve attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», salvo che confliggano con i principi fondamentali del proprio diritto interno (art. 9, par. 2): ad esempio, il pubblico ministero italiano potrà chiedere che un interrogatorio sia preceduto dai tre avvisi *ex art. 64, comma 2, c.p.p.*, o che i prossimi congiunti dell'indagato siano avvertiti della possibilità di astenersi dal rendere dichiarazioni (art. 199, comma 2, c.p.p.).

Inoltre, similmente a quanto previsto dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo del 1959, il quale disciplina una sorta di «concelebrazione» delle rogatorie, uno o più rappresentanti dello Stato di emissione possono partecipare all'esecuzione dell'OEI «a sostegno» delle autorità competenti (art. 9, par. 4); questa espressione lascia immaginare più una sorta di supervisione, che un effettivo compimento congiunto dell'atto.

In sostanza, sebbene il diritto applicabile resti la *lex loci*, si è comunque tentato di favorire l'utilizzabilità della prova nel procedimento instaurato presso lo Stato di emissione.

L'autorità di esecuzione ha però ancora due fondamentali poteri.

In primo luogo, può ricorrere a un atto d'indagine «alternativo»: ciò non solo quando l'atto richiesto non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, o comunque non è esperibile in un caso interno analogo, ma anche qualora il medesimo risultato possa essere realizzato «con mezzi meno intrusivi» (art. 10); in altri termini, una richiesta di perquisizione, finalizzata al reperimento di un documento, potrebbe essere discrezionalmente sostituita da un semplice ordine di esibizione. È comunque prevista una serie di atti, «che devono sempre essere disponibili», fra cui compaiono gli atti non coercitivi, l'audizione di testimoni, esperti, vittime, indagati e imputati e l'acquisizione di alcuni tipi di informazioni (art. 10, par. 2).

Al di fuori delle predette ipotesi, l'autorità di emissione è del tutto inerme di fronte alle scelte di «surrogazione» del suo omologo dello Stato di esecuzione e potrà solo decidere di ritirare l'OEI.

Sono inoltre svariati i motivi (tutti facoltativi) di non riconoscimento o di non esecuzione, molto più numerosi nel testo definitivo della direttiva che nella proposta iniziale.

Nell'art. 11, si fa anzitutto riferimento a cause di rifiuto piuttosto vaghe, quali la lesione di «interessi essenziali di sicurezza nazionale», la sussistenza di «informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche», ed eventuali violazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza.

Così come per il mandato d'arresto europeo e per quello di ricerca della prova, è presente anche il requisito della doppia incriminazione, escluso, però, in relazione a una serie di reati elencati in allegato; inoltre, l'esecuzione dell'OEI può essere rifiutata se, nello Stato di esecuzione, il potere di compiere l'atto di indagine richiesto è circoscritto a determinate ipotesi delittuose, o a specifiche soglie di punibilità, e il reato indicato dall'autorità di emissione non rientra in tali parametri.

C'è poi ancora spazio – fra l'altro – per una clausola di territorialità (sebbene dall'ambito piuttosto ristretto), per la tutela del *ne bis in idem* e delle immunità stabilite dal diritto interno.

Infine, qualora l'attività investigativa oggetto dell'ordine implichi «l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo di tempo determinato» (si pensi, ad esempio, alle intercettazioni), deve essere prevista anche dal diritto dello Stato di esecuzione, in un caso interno analogo (art. 28).

Insomma, per evitare di eseguire un OEI, paiono percorribili molte strade: alcuni motivi sono caratterizzati da una eccessiva genericità tanto da poter essere oggetto di facili abusi; altri sembrano invece inappropriati in un sistema che dovrebbe basarsi sulla fiducia reciproca fra gli ordinamenti degli Stati membri.

La Direttiva prevede poi stringenti termini per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI, fissati rispettivamente in trenta giorni dalla ricezione dell'ordine stesso e in novanta dal suo riconoscimento. Si può però immaginare che, difficilmente, eventuali ritardi potranno trovare sanzione.

Fra gli obblighi degli Stati membri emerge anche la predisposizione di «mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo», con la precisazione che – in linea di massima – eventuali ragioni di merito riguardanti l'emissione

dell'ordine possono essere fatte valere soltanto nello Stato di emissione (art. 14). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è difficile trovare per questa disposizione un effettivo campo di applicazione: non sono infatti generalmente previste impugnazioni dirette avverso i provvedimenti in materia di prove, salva – ad esempio – la facoltà di chiedere il riesame del decreto di sequestro probatorio (art. 257 c.p.p.).

Pare ancora opportuno segnalare una particolare disposizione, contenuta nell'ultimo paragrafo dell'art. 14, secondo cui «gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

È stato quindi inserito all'interno della direttiva un inedito criterio di valutazione: il giudice o il pubblico ministero, nel soppesare il valore dimostrativo delle prove ottenute mediante OEI, dovrà sempre verificare che siano state rispettate le prerogative difensive e i dettami del “giusto processo”. L'importanza di questa indicazione non deve essere sottovalutata: si tratta infatti del primo tentativo di imporre agli Stati membri l'uso di un criterio uniforme di valutazione probatoria.

L'ultima parte della Direttiva prevede infine alcune disposizioni riguardanti determinate attività investigative.

In pratica, è stata adeguata, a questa nuova forma di cooperazione giudiziaria, la disciplina rogatoria dettata dalle Convenzioni di Strasburgo e Bruxelles in tema – ad esempio – di intercettazioni, audizioni mediante video o teleconferenza, operazioni di infiltrazione, acquisizione di informazioni su conti correnti e operazioni bancarie.

La Direttiva 2014/41/UE ha quindi l'indubbio pregio di aver riunito, in un'unica fonte, regole che finora erano disseminate fra Convenzioni, Protocolli e decisioni quadro, tanto da rappresentare una sorta di “testo unico” dell'acquisizione probatoria europea.

Bisogna però sempre ricordare che la disciplina in esame riguarda solamente lo svolgimento di attività investigative.

Per alcuni ordinamenti, questa limitazione potrebbe non avere particolari conseguenze: si è già accennato, infatti, che nei sistemi misti non esiste una cesura netta tra le fasi procedurali per quanto riguarda la formazione della “prova”.

All'opposto, nell'ordinamento processuale italiano, il limitato campo di operatività dell'OEI potrebbe generare difficoltà di coordinamento fra strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria: si immagini, ad esempio, che, durante la fase delle

indagini preliminari, il pubblico ministero utilizzi l'OEI per ottenere l'audizione tramite videoconferenza di una persona informata sui fatti (art. 24). Nel successivo dibattimento, di regola, quella persona dovrà essere nuovamente sentita in qualità di testimone; tuttavia, questa volta, si dovrà ricorrere allo strumento rogatorio previsto dall'art. 10 della Convenzione di Bruxelles del 2000, che – al contrario dell'OEI – non conosce limitazioni di fase.

Per evitare inconvenienti di questo genere, sarebbe forse opportuno – ove possibile – anticipare, in sede di esecuzione dell'OEI, l'applicazione delle regole dibattimentali, in modo da poter poi utilizzare la prova così acquisita, anche durante la fase del giudizio.

Insomma, se verrà compiuta un'accurata opera di adeguamento della nostra legislazione, l'ordine europeo di indagine penale potrebbe rivelarsi uno strumento piuttosto utile per snellire l'acquisizione transnazionale delle prove all'interno dello spazio giuridico europeo.

Per altri versi, invece, la direttiva appena illustrata pare il frutto di un approccio molto prudente, che testimonia in definitiva una scarsa fiducia reciproca.

Vero è che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie è stato finalmente applicato a ogni provvedimento riguardante le prove; tuttavia, gli svariati motivi di rifiuto dell'assistenza, l'ampia discrezionalità attribuita alle autorità dello Stato di esecuzione e l'applicazione (seppur temperata) della *lex loci* potrebbero compromettere seriamente l'efficacia del nuovo istituto.

La fiducia reciproca, infatti, non può essere imposta come un dogma, ma deve poggiare su fondamenta solide, che possono essere costruite unicamente attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Tuttavia, in materia probatoria non sono ancora stati compiuti sforzi significativi verso l'armonizzazione; pur di poter continuare a mantenere intatte le diversità, ci si è affidati esclusivamente al metodo del mutuo riconoscimento. Il problema, però, sta nel fatto che sono proprio quelle diversità a generare diffidenza fra gli Stati membri e a impedire un'effettiva libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

In breve, la cooperazione giudiziaria in materia di prova penale sembra imprigionata in un vero e proprio circolo vizioso. L'unico modo per romperlo sarebbe riuscire a incrinare la tradizionale gelosia con cui ogni ordinamento guarda alle peculiarità della propria disciplina probatoria, ma, purtroppo, in questa direttiva, non sembra di poter ancora scorgere sostanziali passi avanti in quella direzione.