

zione di rispettare il contenuto della riserva apposta dalla Svizzera all'art. 16 CEEstr.

2.3 Concludendo, dato che le modalità e la durata dell'arresto provvisorio non prestano il fianco a nessuna critica, se non fosse stato dichiarato privo di oggetto, il gravame avrebbe dovuto essere respinto, per cui si giustifica di accollare una tassa di giustizia a carico della reclamante. [...].

TPF 2011 124

28. Estratto della sentenza della II Corte dei reclami penali nella causa Silvio Berlusconi contro Ministero pubblico della Confederazione del 15 luglio 2011 (RR.2011.179)

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Italia; partecipazione a videoconferenza.

Art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP, art. VI Accordo italo-svizzero che completa e agevola l'applicazione della CEAG

La videoconferenza è una forma alternativa di presenza di persone che partecipano a processo estero, per cui vi è motivo di sussumere l'atto in questione all'ipotesi di cui all'art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP. Il rifiuto dell'autorità d'esecuzione di ammettere la presenza di un difensore svizzero dell'imputato all'estero all'atto istruttorio dibattimentale eseguito per via rogatoria causa un pregiudizio immediato e irreparabile, nella misura in cui trattandosi di interrogatori di terzi, soltanto quest'ultimi saranno in linea di massima legittimati a ricorrere contro la decisione di chiusura riguardante la trasmissione in quanto tale delle prove raccolte nell'ambito di tali atti istruttori, operazione che avrà luogo se le condizioni dell'assistenza saranno riunite (consid. 1.4).

Non riguardando la commissione rogatoria un atto istruttorio predibattimentale, ma la celebrazione di un'udienza dibattimentale da parte di un tribunale estero nel processo in cui il ricorrente è imputato, quest'ultimo ha il diritto di assistervi e/o di farsi rappresentare, anche per non pregiudicare l'utilizzabilità delle prove nella procedura estera (consid. 2).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Italien; Teilnahme an einer Videokonferenz.

Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG, Art. VI des Vertrags zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des EUEr und zur Erleichterung seiner Anwendung

Die Videokonferenz ist eine alternative Form für die Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind, weshalb eine solche Handlung als Anwendungsfall von Art. 80e Abs. 2 lit. b IRSG zu betrachten ist. Die Weigerung der ausführenden Behörde, den schweizerischen Verteidiger eines im Ausland Angeklagten an einer im Rahmen des Gerichtsverfahrens erfolgenden rechtshilfeweisen Beweiserhebung teilnehmen zu lassen, hat einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge, und zwar in dem Mass, als bei Einvernahmen von Dritten im Allgemeinen nur Letztere zur Beschwerde gegen die Schlussverfügung über die Übermittlung der auf diese Art erhobenen Beweise legitimiert sind – Übermittlung, die bei Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtshilfe erfolgt (E. 1.4).

Handelt es sich nicht um eine rechtshilfeweise Beweiserhebung im Vorverfahren, sondern um eine solche im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem ausländischen Gericht, vor welchem der Beschwerdeführer angeklagt ist, so hat dieser das Recht, an dieser Beweiserhebung teilzunehmen und/oder sich dabei vertreten zu lassen, dies auch, um die Verwertbarkeit der Beweise im ausländischen Verfahren nicht zu beeinträchtigen (E. 2).

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à l'Italie; participation à une vidéoconférence.

Art. 80e al. 2 let. b EIMP, art. VI de l'Accord italo-suisse complétant et facilitant l'application de la CEEJ

La vidéoconférence est une forme alternative de présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger, raison pour laquelle il y a lieu d'assimiler l'acte en question aux hypothèses envisagées par l'art. 80e al. 2 let. b EIMP. Le refus de l'autorité d'exécution d'admettre la présence d'un défenseur suisse du prévenu à l'étranger, lors de l'administration de preuves exécutée par voie d'entraide, cause un préjudice immédiat et irréparable, dans la mesure où, s'agissant d'interrogatoires de tiers, seuls ceux-ci seront en principe légitimés à recourir contre la décision de clôture portant sur la remise en tant que telle des preuves recueillies dans le cadre de l'administration de ces dernières, remise qui interviendra pour autant que les conditions de l'entraide soient réunies (consid. 1.4).

Vu que la commission rogatoire ne concerne pas un acte de l'instruction préliminaire, mais la tenue, par un tribunal étranger, de débats liés à un procès dont le recourant est le prévenu, ce dernier a le droit d'y assister et/ou de s'y faire représenter, ce également afin de ne pas préjuger du caractère exploitable des preuves dans la procédure étrangère (consid. 2).

Riassunto dei fatti:

Il 30 maggio 2011 la Decima Sezione penale del Tribunale di Milano ha presentato alla Svizzera una domanda d'assistenza giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale contro Silvio Berlusconi per il reato di corruzione in atti giudiziari. In sostanza, l'indagato è sospettato di aver corrotto il testimone David Mills nell'ambito di due processi penali a suo carico. Con la sua domanda l'autorità richiedente ha postulato l'audizione in qualità di testimoni, in Svizzera e mediante videoconferenza, di tre persone ivi residenti, domanda accolta dal Ministero pubblico della Confederazione (MPC) mediante decisioni del 7 e 30 giugno 2011, il quale ha autorizzato i membri della Corte, i rappresentanti del Pubblico Ministero, i difensori dell'indagato e le parti al procedimento ad eseguire gli interrogatori per videoconferenza. Confrontata con la richiesta dell'imputato di autorizzare il suo patrocinatore elvetico a presenziare fisicamente agli interrogatori a Berna, l'autorità d'esecuzione ha dato seguito negativo alla stessa con decisione del 13 luglio 2011, impugnata dall'imputato.

La II Corte dei reclami penali ha accolto il ricorso.

Estratto dei considerandi:

1.4 La videoconferenza è una forma alternativa di presenza di persone che partecipano al processo estero (v. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ediz., Berna 2009, n. 426 e segg.; STEPHAN BREITENMOSER, *Neuerungen in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, in S. Breitenmoser/B. Ehrenzeller (curatori), *Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe*, San Gallo 2009, pag. 45 e segg.; A. DONATSCH/S. HEIMGARTNER/M. SIMONEK, *Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2011, pag. 35 e segg.), per cui vi è motivo di sussumere l'atto in questione all'ipotesi di cui all'art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP (v. BREITENMOSER, op. cit., pag. 48; FRIDOLIN BEGLINGER, *Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen*, in AJP/PJA 7/2007, pag. 926-927; contra ZIMMERMANN, op. cit., n. 428; dello stesso autore, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?*, in AJP/PJA 1/2007, pag. 68). Nella fattispecie, la commissione rogatoria non riguarda un atto istruttorio predibattimentale,

ma la celebrazione di un'udienza dibattimentale da parte del Tribunale di Milano nel processo in cui il ricorrente è imputato, con l'indiscutibile diritto di assistervi e/o di farsi rappresentare (v. TPF 2007 52). Il provvedimento impugnato non è l'audizione dei testi in quanto tale, contro la quale il ricorrente non sarebbe legittimato a ricorrere (sentenza 1A.197/2002 del 30 settembre 2002, consid. 1 e rinvii), bensì il rifiuto del MPC di ammettere la presenza di un difensore svizzero a Berna - luogo in cui sono previsti gli interrogatori - durante l'esecuzione di una misura di assistenza giudiziaria. Tale rifiuto tocca personalmente e direttamente il ricorrente nei diritti di partecipazione e di difesa in quanto persona contro cui è diretto il procedimento penale all'estero, per cui la sua legittimazione ricorsuale è data in applicazione degli art. 21 cpv. 3, 80b e 80h lett. b AIMP (v. sentenza del Tribunale federale del 29 settembre 1997, pubblicata in Rep. 130/1997 pag. 107 e segg., consid. 3). La decisione impugnata, limitando il diritto di difesa del ricorrente nell'ambito dell'udienza di audizione di testi da parte del Tribunale penale di Milano, causa un pregiudizio immediato e irreparabile, nella misura in cui trattandosi di interrogatori di terzi, soltanto quest'ultimi saranno in linea di massima legittimati a ricorrere contro la decisione di chiusura riguardante la trasmissione in quanto tale delle prove raccolte nell'ambito di tali atti istruttori, operazione che avrà luogo se le condizioni dell'assistenza saranno riunite (v. DTF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 127 II 198 consid. 2d; 126 II 258 consid. 2d; 124 II 180 consid. 1b; TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82). Al di là del fatto che la videoconferenza permette un'acquisizione *in diretta* della prova, non va infatti dimenticato che questa sarà formalmente utilizzabile nel procedimento estero soltanto dopo che il MPC avrà statuito sulla concessione e sulla portata dell'assistenza, come lo stesso MPC ha del resto specificato nella decisione di entrata in materia (v. analogamente in materia di gruppi d'inchiesta comuni TPF 2010 73 consid. 2). Di conseguenza, è solo nel presente stadio processuale che il ricorrente può censurare la violazione dei suoi diritti di difesa. Il gravame, interposto nel termine di 10 giorni previsto all'art. 80k AIMP, è quindi ricevibile.

2. Oggetto del litigio risulta essere l'ammissibilità o meno della presenza del difensore svizzero del ricorrente a Berna, luogo di svolgimento degli interrogatori rogatoriali. [...]

2.1 L'art. 12 cpv. 1 seconda frase AIMP prevede che, per gli atti procedurali, vige il diritto procedurale determinante in materia penale. Essendo stata affidata l'esecuzione della rogatoria al MPC, si applicano le pertinenti norme del Codice di diritto processuale penale svizzero (CPP). Giusta l'art. 127 cpv. 2 CPP per quanto il procedimento non ne risulti indebitamente ritardato, le parti possono far capo a due o più patrocinatori, disposizione di per sé non in urto con quanto prevede l'art. 21 cpv. 1 prima

frase AIMP, il quale va interpretato come fissazione legislativa del diritto a designare un patrocinatore (“einen Rechtsbeistand bestellen”; “se faire assister d’un mandataire”), ma non come limitazione quantitativa di tale diritto (v. TPF 2007 52). Anche con l’introduzione del CPP, lo scopo resta comunque quello di evitare abusi e prevenire il rischio che la giustizia venga paralizzata o complicata per un eccesso di partecipanti (cfr. TPF 2007 52 e la dottrina citata).

2.2 L’art. 3 CEAG prevede che la Parte richiesta farà eseguire, nelle forme previste dalla sua legislazione, le commissioni rogatorie relative a un affare penale che le saranno trasmesse dalle autorità giudiziarie della Parte richiedente e che hanno per oggetto di compiere atti istruttori o di comunicare mezzi di prova, inserti o documenti. In virtù dell’art. VI Accordo italo-svizzero se una persona si trova nel territorio dello Stato richiesto e deve essere ascoltata in qualità di testimone o di perito dalle autorità giudiziarie dello Stato richiedente, quest’ultimo può chiedere, qualora per la persona in questione non sia opportuno o possibile comparire personalmente nel suo territorio, che l’audizione si svolga mediante videoconferenza, ai sensi dei paragrafi da 2 a 8 della medesima disposizione.

2.3 Nella fattispecie, va innanzitutto rilevato che dalla rogatoria italiana del 30 maggio 2011 non è purtroppo possibile comprendere se il Tribunale di Milano abbia inteso la partecipazione dei difensori del ricorrente, oltre che in aula in Italia, anche fisicamente nel luogo degli interrogatori in Svizzera. Si tratta di un’incertezza iniziale che il MPC, alla luce della esplicita richiesta degli avvocati italiani e svizzeri, e in funzione di un ottimale adempimento degli interessi rogatoriali avrebbe dovuto e potuto chiarire d’urgenza con lo Stato richiedente prima dell’esecuzione della rogatoria, ciò che invece non ha fatto. Detto questo, è d’uopo constatare che l’Accordo italo-svizzero, pur prevedendo un articolo specifico sulla videoconferenza, è silente sulla possibilità per il difensore dell’accusato di presenziare fisicamente agli interrogatori rogatoriali. Tale lacuna deve quindi essere colmata dalla presente autorità interpretando lo spirito alla base dell’Accordo in questione, ossia alla luce della volontà espressa dalle parti all’Accordo di semplificare la cooperazione giudiziaria tra i due Stati (v. preambolo all’Accordo italo-svizzero). Occorre quindi valutare in che modo le autorità svizzere possono meglio contribuire alle esigenze di semplificazione e di celerità giusta l’art. 17a AIMP nella trattazione della rogatoria. Per fare questo, vista la lacunosità delle informazioni raccolte in merito dal MPC, non si può fare a meno di considerare il quadro giuridico dello Stato estero. In base al principio sancito nell’art. 24 della Costituzione italiana, la presenza del difensore dell’imputato si pone come garanzia

irrinunciabile ai fini dell'assunzione di una prova in fase dibattimentale (sentenza N. 379 della Corte costituzionale italiana del 13-25 luglio 1995, considerando in diritto n. 4). Nella sentenza appena citata, la Corte costituzionale italiana, evocato l'art. 4 CEAG, ha sostenuto che "nulla afferma la Convenzione sulla utilizzabilità delle prove assunte per rogatoria" né da altre norme "può ricavarsi il principio della rinuncia del giudice nazionale a verificare, in piena indipendenza e secondo i principi fondamentali del proprio ordinamento, se le modalità con cui l'atto è stato assunto lo rendano utilizzabile come prova. In breve, posto che la domanda di assistenza giudiziaria crea un rapporto tra Stati, ciascuno dei quali si presenta nel proprio ordine indipendente e sovrano, il medesimo principio postula che, da un lato, l'esecuzione materiale degli atti richiesti debba necessariamente avvenire nei modi previsti dalla *lex fori* e, dall'altro, che la valutazione delle attività espletate (ossia degli effetti che a detti atti possono essere riconosciuti) vada condotta alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente [...] Ai fini della utilizzabilità di un atto, non basta che questo risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui è stato assunto, ma occorre anche che dette modalità non si pongano in contrasto con le leggi interne proibitive concernenti le persone e gli atti e con quelle che, in qualsiasi modo, riguardino l'ordine pubblico, tra le quali, prime tra tutte, quelle che riguardano l'esercizio inderogabile dei diritti della difesa" (ibidem). In definitiva, al giudice italiano non solo è consentito, prima dell'espletamento dell'atto, di avvalersi "di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), ma non preclude in alcun modo all'Autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà, ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano, dell'atto assunto per rogatoria, e, quindi, di accertare, caso per caso, se il contenuto dello stesso, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato" (ibidem).

In una sentenza del 14-22 luglio 1999 (sentenza N. 342), la Corte costituzionale italiana, analizzando la costituzionalità degli articoli 1 e 2 della legge 7 gennaio 1998, n. 11 (Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario) si è pronunciata sulla validità dell'utilizzo della videoconferenza in ambito giudiziario. Dopo aver evidenziato i vantaggi di tale modalità d'audizione, legati soprattutto al guadagno di tempo nei grossi processi concernenti la criminalità organizzata, la Corte italiana ha esaminato il problema centrale posto dall'istituto della partecipazione al dibattimento a distanza, ossia la sua compatibilità con il diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma,

della Costituzione italiana (v. anche MARTA BARGIS, La teleconferenza, in Enzo Zappalà (curatore), L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata, Milano 1999, pag. 36 e segg.; LUIGI KALB, La partecipazione a distanza al dibattimento, in A. A. Dalia/M. Ferraioli (curatori), Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti, Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 [c.d. legge sulla videoconferenza], Milano 1998, pag. 85 e segg.; CRISTIANA VALENTINI, L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità estere, Padova 1998, pag. 202 e segg.). Essa ha dichiarato che la premessa secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa non è fondata. Ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso la partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione (v. sentenza N. 342 considerando in diritto n. 3). Secondo l'autorità italiana "fondamentale è infatti a questo proposito la previsione secondo la quale il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il luogo di custodia deve essere realizzato con modalità tali da rendere "effettiva", e dunque concreta e non soltanto "virtuale", la possibilità di percepire e comunicare, così saldando intimamente fra loro le potenzialità ed i perfezionamenti sempre offerti dalla tecnica alle esigenze di un "realismo partecipativo" che non può non ritenersi, in sé, del tutto in linea con gli strumenti che l'ordinamento deve necessariamente mettere a disposizione per consentire un adeguato esercizio del diritto di difesa nella fase del dibattimento" (ibidem; v. anche BARBARA PIATTOLI, Videoconferenze e cooperazione nel processo penale, Milano 2005, pag. 63 e segg.). Ciò rilevato, questa Corte ritiene che la presenza del difensore svizzero del ricorrente alle audizioni rogatorie a Berna si inserisca esattamente in quella logica di "realismo partecipativo" descritto dalla Corte costituzionale

italiana. Alla luce degli svariati "mutamenti, oscillazioni, progressi e regressi" (C. VALENTINI, op. cit., pag. 205) che hanno toccato il contenuto del diritto di difesa negli anni passati in Italia, una soluzione diversa potrebbe mettere in forse l'utilizzabilità delle prove raccolte su suolo elvetico o ancora peggio rallentare un processo già a rischio di prescrizione. Per cui in assenza di una chiara presa di posizione dell'autorità rogante, è nell'interesse stesso della rogatoria (favor rogatoriae) neutralizzare questo rischio autorizzando la presenza di un avvocato all'interrogatorio in Svizzera. Questo non significa che la presenza in questione sia fondata su un diritto soggettivo in quanto tale, ma semplicemente che spetta all'autorità rogata interpretare le commissioni rogatorie secondo modalità che non ostacolino inutilmente l'utilizzabilità della prova nel procedimento estero. A maggior ragione se la modalità in questione, come nella fattispecie, è facilmente esperibile senza particolari complicazioni organizzative, come invece potrebbe succedere in caso di pluralità di imputati. Ma anche in quest'ultimo caso spetta all'autorità rogata chiarire preventivamente qualsiasi dubbio in merito con l'autorità rogante.

TPF 2011 131

29. Auszug aus dem Entscheid der II. Beschwerdekammer in Sachen A. S.A. gegen Bundesamt für Justiz, Zentralstelle USA vom 26. Juli 2011 (RR.2010.236)

Beschwerde gegen Nichterlass einer Verfügung; Gegenstandslosigkeit.

Art. 11 Abs. 1 lit. a BG-RVUS

Anfechtbarkeit einer Verfügung des Bundesamtes für Justiz, mit der über die Frage entschieden werden musste, ob eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 11 BG-RVUS zu erlassen ist (E. 2).

Recours contre l'absence d'une décision; absence d'objet.

Art. 11 al. 1 lettre a LTEJUS

Recevabilité du recours contre une décision de l'Office fédéral de la justice par laquelle il fallait trancher la question de savoir si une décision incidente devait être rendue au sens de l'art. 11 LTEJUS (consid. 2).

Ricorso contro il mancato rilascio di una decisione; causa priva d'oggetto.

Art. 11 cpv. 1 lett. a LTAGSU