

Abs. 3 der noch nicht in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO). Zumindest unter geltendem Recht aber fallen die Gegenstand des Strafverfahrens bildenden, dem mittlerweile Verstorbenen vorgeworfenen Delikte bei der Festlegung des Gerichtsstandes grundsätzlich ausser Betracht.

## TPF 2010 73

17. Estratto della sentenza della II Corte dei reclami penali nella causa A. contro Ministero pubblico del Cantone Ticino del 1° marzo 2010 (RR.2008.277)

*Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Italia; gruppi d'indagine comuni.*

**Art. XXI Accordo italo-svizzero che completa e agevola l'applicazione della CEAG.**

Nel corso delle indagini espletate in Svizzera dal gruppo d'inchiesta comune, i funzionari inquirenti esteri hanno completo accesso alle informazioni acquisite dal gruppo e al relativo incarto costituito dalle autorità svizzere e possono prendere appunti, ricevere copia dei rapporti di polizia, nonché delle analisi dei mezzi probatori assunti. I mezzi di prova raccolti in Svizzera possono tuttavia essere utilizzati nella procedura straniera soltanto dopo la crescita in giudicato della decisione di chiusura che l'autorità svizzera deve emettere in merito (consid. 2).

**Conseguenze di un utilizzo prematuro delle prove acquisite in Svizzera (consid. 9).**

*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Italien; gemeinsame Ermittlungsgruppen.*

**Art. XXI des Vertrags zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des EUeR und zur Erleichterung seiner Anwendung.**

Im Laufe einer in der Schweiz durch eine gemeinsame Ermittlungsgruppe vorgenommenen Untersuchung haben die ausländischen Ermittlungsbeamten uneingeschränkter Zugang zu den von der Gruppe erhobenen Informationen sowie zum von den schweizerischen Behörden erstellten Dossier und können Notizen machen, Kopien von Polizeiberichten sowie Auswertungen erhobener

**Beweise erhalten. Die in der Schweiz erhobenen Beweise können jedoch im Rahmen des ausländischen Verfahrens erst verwendet werden, nachdem die von der schweizerischen Behörde diesbezüglich zu erlassende Schlussverfügung in Rechtskraft erwachsen ist (E. 2).**

**Folgen einer verfrühten Verwendung von in der Schweiz erhobenen Beweisen (E. 9).**

*Entraide judiciaire internationale en matière pénale à l'Italie; groupes communs d'enquête.*

**Art. XXI de l'Accord italo-suisse complétant et facilitant l'application de la CEEJ.**

**Dans le cadre des enquêtes conduites en Suisse par le groupe commun d'enquête, les fonctionnaires enquêteurs étrangers ont un accès complet aux informations acquises par le groupe ainsi qu'au dossier constitué par les autorités suisses et peuvent prendre des notes, recevoir copie des rapports de police ainsi que des analyses des moyens de preuve réunis. Les moyens de preuve recueillis en Suisse ne peuvent cependant être utilisés dans la procédure étrangère qu'après l'entrée en force de la décision de clôture que l'autorité suisse doit rendre en la matière (consid. 2).**

**Conséquences d'une utilisation prématurée des preuves obtenues en Suisse (consid. 9).**

### **Riassunto dei fatti:**

Il Ministero pubblico della Confederazione (in seguito: MPC) e la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Varese hanno concluso, in data 20 febbraio 2004, un accordo finalizzato alla costituzione di una squadra investigativa comune ai sensi dell'art. XXI dell'Accordo italo-svizzero che completa e agevola l'applicazione della CEAG (in seguito: Accordo italo-svizzero; RS 0.351.945.41). Tra il 6 aprile 2004 e l'8 settembre 2008, il MPC ha emesso tredici decisioni di entrata in materia e di chiusura, in base alle quali ha autorizzato la trasmissione all'autorità richiedente di tutta una serie di atti acquisiti dall'autorità elvetica, segnatamente varia documentazione relativa a A. Giusta l'art. 80b cpv. 2 AIMP, le predette decisioni non sono state notificate agli interessati ritenute le esigenze istruttorie e la natura delle indagini condotte in Italia e in Svizzera. Con scritto dell'8 settembre 2008, il Giudice istruttore federale straordinario, attualmente competente per il procedimento penale elvetico, ha comunicato al MPC la revoca del riserbo alla "notificazione delle

decisioni". In data 1° ottobre 2008, le decisioni di entrata in materia e di chiusura precitate sono state notificate ad A., il quale ha impugnato sei di loro con gravame del 3 novembre 2008.

La II Corte dei reclami penali ha respinto il ricorso nella misura della sua ammissibilità.

**Estratto dei considerandi:**

2. In materia di assistenza con l'Italia, l'istituto delle indagini comuni è retto dall'articolo XXI dell'Accordo italo-svizzero. Tale articolo prevede che nell'ambito di fatti oggetto di procedimenti penali in ciascuno dei due Stati, le autorità giudiziarie interessate, eventualmente accompagnate da organi di polizia possono, previa informazione al Ministero di giustizia italiano e dell'Ufficio federale di giustizia, operare congiuntamente in seno a gruppi d'indagine comune.

L'art. XXI dell'Accordo si prefigge lo scopo di migliorare la lotta contro il crimine organizzato e contro la criminalità transfrontaliera mediante la creazione di gruppi di indagine comuni (v. Messaggio del 14 dicembre 1998 concernente l'Accordo italo-svizzero; FF 1999 pag. 336). La costituzione di tali gruppi risponde a nuove esigenze nell'ambito della cooperazione giudiziaria. I trattati internazionali più recenti in materia di assistenza giudiziaria prevedono pure tale forma di cooperazione. Una simile normativa è ad esempio prevista all'art. 13 della Convenzione del 29 maggio 2000 concernente l'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea (Gazzetta ufficiale C 197 del 12 luglio 2000) e all'articolo 20 del Secondo Protocollo CEAG (in seguito: Secondo Protocollo; RS 0.351.12), concluso a Strasburgo l'8 novembre 2001, entrato in vigore il 1° febbraio 2005 per la Svizzera e non ancora ratificato dall'Italia. La possibilità di costituire gruppi d'inchiesta comuni è anche prevista dall'Accordo del 12 luglio 2006 tra il Dipartimento federale di giustizia e polizia e il Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti d'America, agenti per conto delle autorità preposte al perseguimento penale della Confederazione Svizzera e degli Stati Uniti d'America sulla costituzione di gruppi inquirenti comuni per la lotta contro il terrorismo e del suo finanziamento (RS 0.360.336.1).

L'art. XXI dell'Accordo, cronologicamente anteriore ai trattati internazionali anzi menzionati, non disciplina in modo esaustivo la sua

applicazione (Direttive relative all'Accordo, UFG, 2003 pag. 23). In tal senso il riferimento ai testi internazionali più recenti può essere utile all'applicazione dell'articolo in questione. A norma dell'art. XXI dell'Accordo, le autorità giudiziarie dei due paesi, generalmente previa esplicita richiesta di assistenza di una delle parti, possono costituire un gruppo d'indagine comune qualora sono in corso procedimenti penali in ciascuno dei due Stati. L'attività del gruppo è inoltre preceduta da un accordo nel quale è precisato segnatamente lo scopo, la durata, i membri che lo compongono e la persona responsabile per gli atti d'inchiesta da effettuare sul territorio di ciascuno dei due Stati (v. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ediz., Berna 2009, n. 436 pag. 406, per analogia art. 20 cpv. 1, cpv. 3 lett. a Secondo Protocollo). Agli atti d'inchiesta espletati dalla squadra si applica il diritto della parte nel cui territorio la stessa interviene (ZIMMERMANN, op. cit., n. 436 pag. 406, art. 20 cpv. 3 lett. b Secondo Protocollo). Dopo aver verificato la conformità della richiesta con i testi legali applicabili, l'autorità di esecuzione svizzera emette una decisione di entrata in materia e, successivamente una decisione di chiusura. Nulla impedisce l'autorità di esecuzione di pronunciarsi con un'unica decisione di chiusura qualora dispone di tutti gli elementi necessari (v. sentenza del Tribunale federale 1A.35/1996 del 12 marzo 1996 citata da ZIMMERMANN, op. cit., n. 310 pag. 291, nota n. 544 a piè di pagina). Nei casi in cui l'informazione prematura della conduzione dell'inchiesta è suscettibile di pregiudicarne l'esito, l'autorità d'esecuzione tratta in modo confidenziale la richiesta di assistenza conformemente agli art. 80b AIMP e V cpv. 6 dell'Accordo posticipando la notifica delle decisioni e l'accesso agli atti ad un secondo tempo quando la notifica agli aventi diritto non costituisce più un pericolo per l'inchiesta, generalmente alla fine della missione della squadra investigativa comune (ROBERT ZIMMERMANN, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?*, PJA 1/2007, pag. 67 e segg.).

Nel corso delle indagini espletate in Svizzera dal gruppo d'inchiesta comune, i funzionari inquirenti italiani hanno completo accesso alle informazioni acquisite dal gruppo e al relativo incarto costituito dalle autorità svizzere e possono prendere appunti, ricevere copia dei rapporti di polizia, nonché delle analisi dei mezzi probatori assunti, qualora ciò non fosse il caso l'istituto dell'inchiesta comune si ridurrebbe ad una semplice presenza di funzionari stranieri all'esecuzione di una richiesta di assistenza

retta dagli art. 65a AIMP e IX dell'Accordo (FRIDOLIN BEGLINGER, *Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen*, PJA 7/2007, pag. 917, v. ZIMMERMANN, *La coopération*, op. cit., n. 437 pag. 408). La dottrina è divisa sulla questione a sapere se dei mezzi di prova segnatamente verbali o documentazione bancaria possono essere trasmessi prima della crescita in giudicato della decisione di chiusura (a favore ZIMMERMANN, PJA 1/2007, pag. 67 e 68, contra BEGLINGER, PJA 7/2007, pag. 925). La stessa dottrina è comunque unanime nel ritenere che le autorità svizzere devono ottenere la garanzia dall'autorità richiedente che le informazioni alle quali i membri esteri del gruppo d'inchiesta hanno avuto accesso sul suolo svizzero non saranno utilizzate come mezzi di prova prima che sia stata decisa definitivamente la concessione dell'assistenza.

Nella fattispecie, in virtù dell'art. XXI dell'Accordo italo-svizzero, il MPC e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese hanno costituito una squadra investigativa in data 20 febbraio 2004. L'accordo costitutivo della squadra comune (in seguito: accordo costitutivo), rileva che nei due paesi è in corso un'inchiesta penale a carico di un gruppo di persone fra le quali figurano indiziati comuni. L'accordo costitutivo determina gli obbiettivi della squadra, designa i rispettivi direttori della squadra per i due paesi, regola le modalità della designazione dei membri della squadra, sancisce la durata della cooperazione nonché la possibilità di eventuali proroghe. Il punto 7.1 dell'accordo costitutivo riserva l'applicazione dell'ordinamento giuridico del paese in cui si svolge l'operazione e precisa che le informazioni e i mezzi di prova assunti nell'ambito del procedimento interno dei due Stati potranno essere trasmessi alle reciproche autorità penali delle parti nelle forme previste dalle norme sull'assistenza giudiziaria in materia penale, in particolare in ossequio all'art. IX cifra 3 dell'Accordo italo-svizzero, il quale prevede che i rappresentanti delle autorità dello Stato richiedente non possono utilizzare, per indagini o come mezzi di prova, le informazioni inerenti a una sfera protetta da segreto portate a loro conoscenza, prima che l'autorità competente abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza. Inoltre il punto 7.2 dell'accordo costitutivo sancisce che le informazioni e gli atti acquisiti nell'ambito della squadra comune potranno essere utilizzati nelle fasi successive alle indagini a condizione che nell'altro Paese non vi sia stata pronuncia giudiziaria di inutilizzabilità di detti elementi probatori. Dal punto di vista dello Stato richiesto, i punti 7.1 e 7.2 dell'accordo costitutivo, controfirmato dal

Sostituto Procuratore della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese, valgono indubbiamente quali garanzie formali dello Stato richiedente atte ad evitare l'uso prematuro di mezzi di prova sino alla concessione finale dell'assistenza secondo i requisiti della legge svizzera nonché la loro inutilizzabilità in caso di decisione negativa sull'assistenza.

(...)

**9.** Il ricorrente critica l'uso intempestivo da parte dell'autorità richiedente di mezzi di prova. A mente del ricorrente la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano avrebbe richiesto il 18 novembre 2008 il suo rinvio a giudizio fondandosi anche su informazioni e mezzi di prova ai quali l'autorità rogante avrebbe avuto accesso nell'ambito della squadra comune d'inchiesta. In tal senso egli si prevale di una violazione da parte dell'autorità richiedente delle garanzie fornite di non utilizzare, per indagini o come mezzi di prova, le informazioni prima che l'autorità rogata abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza. Nella sua replica egli fa segnatamente riferimento ad atti acquisiti dalla Svizzera in data 23 aprile 2004 in risposta alla commissione rogatoria del 28 ottobre 2003 e successivo complemento del 5 aprile 2004 e rileva che la richiesta di rinvio a giudizio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano del 18 novembre 2008 che produce in copia, fa esplicito riferimento al rapporto preliminare di polizia giudiziaria del 2 dicembre 2005 nonché al rapporto finale del 4 novembre 2005 redatto dal centro di competenze economico-finanziario e relativi allegati. Il ricorrente rileva inoltre l'utilizzo prematuro da parte delle autorità italiane di altre informazioni e mezzi di prova tra i quali i suoi verbali d'interrogatorio effettuati in Svizzera il 21 ottobre, 4, 9, 17, 18 e 19 novembre 2004, verbali citati alla pagina 16 della richiesta di rinvio a giudizio precitata.

**9.1** In effetti la richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 e 417 del Codice di procedura penale italiano) elenca i mezzi di prova criticati. Tuttavia è sfuggito al ricorrente, come si legge nella richiesta di rinvio a giudizio, che i predetti mezzi di prova sono stati trasmessi alle autorità italiane dal Giudice istruttore federale nell'ambito della delega del procedimento penale a carico di K. inoltrata dalle autorità svizzere alle autorità italiane in data 27 ottobre 2006. Frutto di una regolare richiesta di assunzione del procedimento penale inoltrata dalla Svizzera all'Italia in applicazione degli art. 88 e segg. dell'AIMP nonché dell'art. XXVI dell'Accordo italo-svizzero, nulla impediva alle autorità delegate di utilizzare i mezzi di prova

che solitamente vengono trasmessi a corredo di una richiesta di delega formulata dalla Svizzera (art. 90 AIMP). V'è inoltre da rilevare che i mezzi di prova elencati alla pagina 20 della richiesta di rinvio a giudizio non concernono il ricorrente non oggetto della delega del perseguimento. In tal senso non si può nemmeno rimproverare all'autorità svizzera di aver violato le regole dell'assistenza trasmettendo informazioni o mezzi di prova riguardanti A. utilizzando lo strumento della delega allorché una richiesta di assistenza italiana era già pendente.

**9.2** Più problematica è la questione dell'utilizzo delle informazioni e dei mezzi di prova acquisiti durante l'attività del gruppo d'inchiesta comune riguardanti il ricorrente da parte delle autorità italiane nella richiesta di rinvio a giudizio del 18 novembre 2008. L'esplicito riferimento a informazioni e a mezzi di prova, tra i quali i verbali d'interrogatorio del ricorrente acquisiti in Svizzera il 21 ottobre, il 4, 9, 17, 18 e 19 novembre 2004 contenenti informazioni inerenti alla sfera protetta da segreto, costituiscono un uso prematuro dei mezzi di prova acquisiti in Svizzera nell'ambito dell'inchiesta italiana. Anche se la richiesta di rinvio a giudizio non si basa esclusivamente sulle informazioni svizzere oggetto del presente ricorso e che, quindi, con ogni verosimiglianza, il magistrato richiedente avrebbe comunque potuto giungere al convincimento del rinvio a giudizio del ricorrente, fatto sta che l'autorità italiana, utilizzando prematuramente le prove acquisite in Svizzera a fini procedurali, è venuta meno alle garanzie formulate nell'atto costitutivo della squadra comune (v. supra consid. 2). Quanto precede pur essendo inquietante non è tuttavia decisivo ai fini della presente procedura. In effetti la Corte ha potuto constatare che nella fattispecie non sussistono ragioni per negare l'assistenza e che la trasmissione dell'insieme delle informazioni oggetto delle decisioni impugnate non appare *a priori* esclusa. Non sussistono quindi motivi per chiedere all'autorità richiedente la restituzione delle informazioni. Ciononostante questa Corte invita l'Ufficio federale di giustizia, nelle sue vesti di autorità di vigilanza (art. 3 OAIMP) nonché conformemente all'art. XXX dell'Accordo italo-svizzero, a discutere della problematica con le autorità italiane onde evitare il ripetersi di simili evenienze.