

intégralité. Par ailleurs, on ne saurait retenir des considérations pratiques pour légitimer le refus de consultation du dossier opposé aux parties durant cette phase procédurale. Le MPC qui a le dossier complet sous sa garde, et ce souvent pendant plusieurs mois, doit pouvoir le mettre à disposition des parties pour une consultation qui ne devrait pas dépasser quelques heures. Enfin, dans un dossier comme celui-ci où, après la clôture de l'instruction préparatoire, des documents (commissions rogatoires, constitutions de partie civile) continuent à être versés au dossier, il importe que celui-ci reste ouvert à la consultation des parties afin qu'elles puissent se tenir informées de l'évolution de la procédure. Certes, l'égalité des armes n'exige pas que la défense bénéficie d'un délai de préparation identique à celui dont a pu bénéficier le MPC (VERNIORY, op. cit., p. 127, note de bas de page 4) et le temps nécessaire au sens des art. 6 § 3 lit. b CEDH vise avant tout la préparation des débats. Le droit au temps nécessaire à la préparation de la défense revêt donc moins d'importance pour les phases préliminaires du procès pénal. Selon VERNIORY déjà cité, ce droit peut toutefois être invoqué, au moins à chaque fois que des actes de procédure sont effectués qui ne seront vraisemblablement pas répétés aux débats (VERNIORY, op. cit., p. 128 ss). Au vu des résultats des commissions rogatoires nouvellement ajoutés au dossier concerné, ainsi que les diverses demandes de constitution de partie civile soumises, il faut admettre en l'espèce, que l'égalité des armes commandait également que les parties puissent avoir accès au dossier complet durant la phase accusatoire.

**2.2** Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait suivre le MPC lorsqu'il retient que la consultation doit être refusée entre le dépôt du rapport de clôture de l'instruction préparatoire et le renvoi en jugement. Sur ce point, la plainte est donc admise.

## TPF 2010 91

21. Estratto della sentenza della II Corte dei reclami penali nella causa A. contro Ministero pubblico del Cantone Ticino del 26 marzo 2010 (RR.2009.196)

*Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Italia; consegna di mezzi di prova; ne bis in idem.*

**Art. 2 CEAG, Art. III Accordo italo-svizzero che completa e agevola l'applicazione della CEAG, art. 54 CAS, art. 5, 66 e 74 AIMP**

L'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale può essere rifiutata sulla base del principio "ne bis in idem" soltanto se la persona toccata dalla richiesta è stata oggetto in Svizzera di un proscioglimento definitivo. Decisioni di rinuncia a perseguire (abbandono, non luogo a procedere) che non impediscono una ripresa del perseguimento in caso di prove o fatti nuovi non sono sufficienti (consid. 2).

*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Italien; Herausgabe von Beweismitteln; ne bis in idem.*

**Art. 2 EUeR, Art. III des Vertrags zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des EUeR und zur Erleichterung seiner Anwendung, Art. 54 SDÜ, Art. 5, 66 und 74 IRSG**

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen kann gestützt auf das Prinzip „ne bis in idem“ nur verweigert werden, wenn die vom Gesuch betroffene Person in der Schweiz rechtskräftig freigesprochen wurde. Entscheide über den Verzicht auf Strafverfolgung (Einstellung, Nichtanhandnahme), welche eine Wiederaufnahme der Strafverfolgung für den Fall des Auftauchens neuer Beweise oder Tatsachen nicht ausschliessen, genügen nicht (E. 2).

*Entraide judiciaire internationale en matière pénale à l'Italie; remise de moyens de preuve; ne bis in idem.*

**Art. 2 CEEJ, Art. III de l'Accord italo-suisse complétant et facilitant l'application de la CEEJ, art. 54 CAAS, art. 5, 66 et 74 EIMP**

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut être refusée sur la base du principe "ne bis in idem" que lorsque la personne touchée par la requête a fait l'objet, en Suisse, d'un acquittement définitif. Les décisions de renoncer à poursuivre (classement, non-lieu) qui n'empêchent pas une reprise de la poursuite pénale en cas de preuves ou de faits nouveaux ne sont pas suffisantes (consid. 2).

#### **Riassunto dei fatti:**

Il 31 gennaio 2008 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano ha presentato alla Svizzera una domanda d'assistenza giudiziaria, completata il 4 febbraio, il 6 maggio nonché il 23 luglio 2008, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di A., B. e C. per riciclaggio. Essa ha postulato in particolare l'ottenimento di documentazione

bancaria nonché di verbali di perquisizioni domiciliari e d'interrogatorio riguardanti diverse persone fisiche e giuridiche. Con decisione di chiusura del 20 maggio 2009 il Ministero pubblico ticinese ha deciso di trasmettere alle autorità italiane la documentazione utile per la loro inchiesta.

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

**Estratto dei considerandi:**

**2.**

**2.1** L'art. III n. 1 Accordo italo-svizzero prevede che l'assistenza giudiziaria è rifiutata se la domanda concerne fatti sulla base dei quali la persona perseguita è stata definitivamente assolta nel merito o condannata nello Stato richiesto per un reato corrispondente per quanto riguarda l'essenziale, a condizione che la sanzione penale eventualmente pronunciata sia in corso di esecuzione o sia stata già eseguita. Tuttavia, in virtù dell'art. III n. 3 lett. a, tale disposizione non si applica segnatamente se il procedimento instaurato nello Stato richiedente non è diretto unicamente contro la persona in questione. Nell'ambito della CEAG la Svizzera ha parimenti formulato delle riserve in relazione all'art. 2, dichiarando che essa si riserva il diritto di rifiutare l'assistenza giudiziaria quando l'atto motivante la domanda è oggetto, in Svizzera, di una procedura penale diretta contro lo stesso prevenuto o una decisione penale vi è stata pronunciata, con la quale questo atto e questa colpa sono stati materialmente giudicati (lett. a). In base alla lettera b la Svizzera si riserva inoltre il diritto di accordare l'assistenza giudiziaria, in virtù della Convenzione, soltanto alla condizione espressa che i risultati delle investigazioni effettuate in Svizzera e le informazioni contenute nei documenti o inserti trasmessi siano usati esclusivamente per istruire e giudicare i reati per i quali l'assistenza è fornita. Lo Stato richiedente può utilizzare i risultati delle investigazioni effettuate in Svizzera e le informazioni contenute nei documenti o inserti trasmessi in deroga alla condizione contenuta nella lettera b quando l'atto al quale si riferisce la domanda costituisce un'altra fattispecie in merito alla quale l'assistenza giudiziaria sarebbe ammissibile, oppure se la procedura penale straniera è diretta contro altre persone che hanno preso parte all'atto punibile (lett. c). Il principio del *ne bis in idem* è pure consacrato dall'art. 54 CAS, secondo il quale una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia

effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita.

Giusta l'art. 66 AIMP l'assistenza può essere negata se la persona perseguita dimora in Svizzera e quivi è già in corso un procedimento penale per il fatto cui si riferisce la domanda (cpv. 1). L'assistenza giudiziaria può essere tuttavia concessa qualora il procedimento all'estero non sia diretto esclusivamente contro la persona perseguita che dimora in Svizzera o qualora il disbrigo della domanda serva a sua discolpa (cpv. 2). L'art. 5 cpv. 1 lett. a n. 1 prevede infine che la domanda di assistenza è irricevibile se in Svizzera o nello Stato in cui il reato è stato commesso, il giudice ha pronunciato nel merito l'assoluzione o l'abbandono.

**2.2.** Il Tribunale federale ha già avuto modo di affermare che l'abbandono di un procedimento penale per ragioni di opportunità conformemente all'art. 198 CPP/GE non costituisce un motivo d'irricevibilità della domanda di assistenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. a AIMP (DTF 110 Ib 385 consid. 2b). Una tale misura non gode della forza di cosa giudicata e lo Stato è abilitato, nei limiti della prescrizione, a riaprire il procedimento penale per i fatti oggetto della decisione di abbandono, la quale presenta un carattere provvisorio (v. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ediz., Berna 2009, n. 662 pag. 612 e seg., e giurisprudenza citata). Esso è giunto alla medesima conclusione nel caso in cui la procedura penale è stata abbandonata per mancanza di prove o di indizi sufficienti, potendo l'inchiesta essere riaperta in caso di scoperta di nuovi mezzi di prova (DTF 120 IV 10 consid. 2b; sentenze del Tribunale federale 1A.282/2005 del 30 aprile 2007, consid. 3.1; 1A.174/2002 del 21 ottobre 2002, consid. 5.2; 1A.56/2000 del 17 aprile 2000, consid. 5c; ZIMMERMANN, op. cit., n. 662 pag. 613). Il Tribunale federale ha pure già ricordato che, allorché l'estradando intende prevalersi di una decisione definitiva di non luogo a procedere, la Svizzera rifiuta l'extradizione solo se l'azione penale non può più manifestamente essere esercitata; in casi dubbi, l'extradizione dev'essere accordata e tale questione dovrà essere risolta definitivamente dai competenti tribunali dello Stato richiedente (sentenza 1A.56/2000 consid. 5c; cfr. anche DTF 129 II 56 consid. 5 inedito; 110 Ib 185 consid. 4 inedito, apparso in SJ 1985 pag. 184 e segg.). Esso ha precisato che tale conclusione vale a maggior ragione nell'ambito dell'altra assistenza. Del resto, anche l'abbandono di un procedimento interno per mancanza di prove non costituisce una "res iudicata" e non implica l'impossibilità di fornire l'assistenza giudiziaria per un procedimento penale

estero per gli stessi fatti (DTF 123 II 134 consid. 3d inedito; sentenza del Tribunale federale 1A.21/1999 del 26 aprile 1999, consid. 5): neppure un "classement" pronunciato dal Ministero pubblico ginevrino si oppone alla concessione dell'assistenza (sentenza del Tribunale federale 1A.41/1994 del 7 giugno 1994). Questa giurisprudenza, di per sé antecedente all'entrata in vigore dell'art. 54 CAS, è in linea con l'acquis di Schengen, in particolare con la prassi della Corte di giustizia dell'Unione Europea (già delle Comunità Europee), la quale sottolinea la necessità di un proscioglimento definitivo, che come tale metta fine al procedimento (sentenza Turansky del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, Racc. pag. I-11039, n. 40-41 e 45). Certo si può discutere sulla nozione di "proscioglimento definitivo", fatto sta comunque che la stessa Corte europea rinvia in questo al diritto procedurale nazionale. Non vi è quindi motivo di scostarsi dalla costante giurisprudenza in merito del Tribunale federale, a maggior ragione ritenuto che alla luce del principio di favore non sarebbe ipotizzabile comunque una restrizione dei criteri di concessione dell'assistenza, la quale costituirebbe un'evidente regressione rispetto alle posizioni acquisite in tale ambito.

**2.3** Nella fattispecie, va rilevato che la procedura penale zurighese a carico del ricorrente è stata abbandonata per la mancanza di gravi indizi di colpevolezza. Essa può teoricamente essere riaperta in caso di scoperta di nuove prove, non godendo quindi della forza di cosa giudicata (v. NIKLAUS SCHMID, *Strafprozessrecht*, 4a ediz., Zurigo 2004, n. 810), per cui la decisione di archiviazione, tenuto conto della giurisprudenza summenzionata (v. supra consid. 2.2), non può costituire di per sé un impedimento alla concessione dell'assistenza giudiziaria all'Italia e quindi all'inoltro della documentazione oggetto della decisione impugnata, precisato che il ricorrente potrà comunque opporre il principio del *ne bis in idem* ancora davanti al giudice di merito italiano. Ciò detto, i documenti allegati agli scritti del 2 e 27 ottobre 2009 redatti uno dal suo legale in Spagna e l'altro dal console generale di Spagna a Zurigo, mediante i quali il ricorrente ha cercato di dimostrare la volontà dell'autorità rogante di perseguirlo in Italia per i medesimi fatti giudicati in Svizzera, nulla mutano quindi a quanto precede. La censura va pertanto respinta.