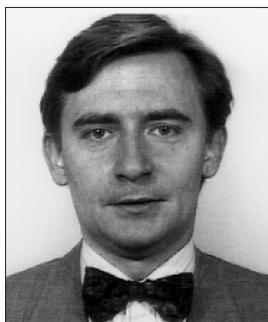


Divagazioni sul potere cognitivo del giudice delle rogatorie internazionali



Avv. Francesco Naef,
Lugano

Indice:

- I. L'esposto dei fatti
 - 1. Potere cognitivo
 - a. Il principio giurisprudenziale
 - b. Il principio della buona fede tra Stati
 - c. Le eccezioni
 - d. Critica
 - 2. Contenuto
 - 3. Prima conclusione
- II. Proporzionalità
- III. Fishing expedition
- IV. Terzi non implicati (quasi un necrologio)
 - 1. Compatibilità con il diritto convenzionale
 - 2. La nozione di terzo non implicato
- V. Specialità
 - 1. Scopo
 - 2. Contenuto ed effetti
 - 3. Efficacia del principio
- VI. Conclusione

Alcune recenti sentenze del Tribunale federale mostrano quale sia l'evoluzione dell' orientamento giurisprudenziale in ambito di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale che consiste, in buona sostanza, nel concedere l'assistenza giudiziaria sempre più facilmente, in particolare laddove la materia sia retta dalla CEAG¹.

Si sapeva infatti che, nell'ambito della procedura sull'ammissibilità della domanda di assistenza giudiziaria, il principio della proporzionalità fosse esaminato solo sommariamente, e che perciò l'assistenza non potesse essere rifiutata che in caso di violazione manifesta del citato principio; d'altra parte si sapeva anche che l'esame della posizione dei terzi non implicati ai sensi dell'art. 10 AIMP veniva effettuato essenzialmente nell'ambito della decisione di trasmissibilità della documentazione, e quindi in un secondo tempo².

Con le nuove sentenze del Tribunale federale però, si è scoperto che anche nell'ambito della decisione di trasmissibilità il principio della proporzionalità viene esaminato con limitato potere cognitivo, e perciò vengono sanzionate unicamente le violazioni manifeste del principio³; si è altresì scoperto che il Tribunale federale sembra avere dei

dubbi sulla compatibilità dell'art. 10 AIMP con gli obblighi derivanti dalla CEAG ai quali dovrebbe cedere il passo⁴.

A ciò si aggiunga che, per costante giurisprudenza, la veridicità dell'esposto dei fatti contenuto nella domanda di assistenza non viene controllata salvo casi eccezionali, che la nozione di terzo non implicato è interpretata in maniera estremamente restrittiva, e che nell'efficacia del principio di specialità viene forse riposta troppa fiducia.

Tutto ciò fa nascere l'impressione, nell'uomo comune, che le questioni di assistenza giudiziaria internazionale vengano esaminate, per usare la felice immagine del Prof. AUBERT⁵, con un paio d'occhiali dalle lenti molto opache che lasciano intravedere solo le forme ed i colori più evidenti, e che quindi la sfera privata delle persone coinvolte, ma anche di terzi, sia spesso tutelata solo sulla carta, e non in concreto. Se questo è veramente l'orientamento della giurisprudenza, mi sembra che non possa essere condiviso.

I. L'esposto dei fatti

1. Potere cognitivo

a. Il principio giurisprudenziale

Per giurisprudenza costante del Tribunale federale i fatti indicati nella domanda di assistenza giudiziaria internazionale dallo Stato richiedente vincolano lo Stato richiesto, il quale non deve né può procedere quindi a verificare se gli stessi corrispondano alla realtà⁶. Tale principio, che peraltro era conforme alla tradizione dei paesi di *civil law*⁷, vige in materia di estradizione, ed è quindi semplicemente stato applicato per analogia anche alla cosiddetta assistenza accessoria⁸.

- 1 Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959.
- 2 DTF 120 Ib 255 c. 5c; 112 Ib 604 c. 14a; 113 Ib 165 c. 5a; veniva spesso utilizzata la frase: "...spetterà all'autorità cantonale, al momento dell'eventuale decisione di trasmissibilità (art. 83 AIMP), tutelare gli interessi di eventuali terzi non coinvolti ed assicurare il rispetto del principio di proporzionalità."
- 3 DTF 121 II 242 c. 3a; DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd., C. Ltd., D. SA, J, c. 3c.
- 4 DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd., C. Ltd., D. SA, J, c. 5.
- 5 J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967/1982, vol. 2, n. 1717.
- 6 DTF 117 Ib 88 c. 5c con riferimenti.
- 7 H. SCHULTZ, *Das Schweizerische Auslieferungsrecht*, Basel, 1953, 202, 232; oggi il principio non è però più così assoluto: D. OEHLER, *Das neue Recht der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, ZStW 1984, 568.
- 8 DTF 105 Ib 426 c. 4b.

Vi è però che il rispetto di tale principio non pare essere dettato da obblighi convenzionali, poiché la CEAG, così come la CEEstr⁹, sono silenti su tal argomento, e non sembrano perciò opporsi ad un esame perlomeno della *verosimiglianza* dei fatti posti a fondamento della domanda di assistenza, almeno nella misura in cui un interessato si opponga alla stessa producendo indizi o prove¹⁰.

La regola, che non sembra neppure direttamente desumibile dal tenore letterale dell'AIMP, è quindi una creazione giurisprudenziale, forse da far risalire alla presunzione del rispetto del principio della buona fede tra Stati¹¹.

Mi sembra però che tal regola sia criticabile sotto diversi punti di vista.

b. Il principio della buona fede tra Stati

E' generalmente riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza internazionale che uno dei principi generali del diritto internazionale (che l'art. 38 dello statuto della Corte internazionale di Giustizia indica tra le fonti del diritto internazionale) è quello della buona fede tra Stati. In effetti si tratta di un principio fondamentale alla base di ogni sistema giuridico, e perciò anche alla base dei reciproci rapporti tra Stati membri della comunità internazionale¹². Il principio della *buona fede* e il principio *pacta sunt servanda* sono infatti condizioni essenziali di ogni relazione internazionale¹³. Tutto ciò è stato ribadito e riconosciuto esplicitamente anche dalla giurisprudenza internazionale¹⁴.

In considerazione di tutto ciò il principio della buona fede deve essere rispettato non solo nell'ambito dell'applicazione di un trattato (come indicato dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 e dallo stesso preambolo alla Convenzione), ma anche in assenza di un legame convenzionale¹⁵.

Ci si potrebbe chiedere se il principio della buona fede tra Stati faccia parte dello *ius cogens* internazionale, ciò che in dottrina non è sempre dato per scontato¹⁶. A tal proposito basti osservare che il principio della buona fede è indicato da sempre più correnti dottrinali come appartenente allo *ius cogens* internazionale¹⁷, in particolare considerato il fatto che il carattere cogente di tale principio è stato riconosciuto in vari atti e trattati fondamentali come, ad esempio, nel preambolo della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁸. D'altra parte, proprio considerato che si tratta di un principio essenziale ed inerente alla nozione stessa di diritto internazionale¹⁹, non si comprende come potrebbe essere ritenuto derogabile. Infine, proprio perché il principio della buona fede è principio fondamentale per l'interpretazione dei trattati²⁰, non si vede come potrebbe mai una disposizione convenzionale derogare al principio stesso. E' probabilmente per tutti questi motivi che il Tribunale federale ha riconosciuto (almeno implicitamente) al principio della buona fede il carattere di *ius cogens* internazionale²¹.

Per quanto riguarda il contenuto del principio della buona fede nell'ambito dell'applicazione di un trattato è opinione generale che comporti il divieto per le parti di

comportamenti tesi ad eludere il senso e lo scopo del trattato stesso²². L'obbligo di applicare il trattato secondo i dettami della buona fede si impone ad entrambe le parti: alla prima impone di chiedere all'altra unicamente ciò che è strettamente compatibile con il trattato, alla seconda impone di eseguire lealmente senza astuzia né dolo gli obblighi assunti²³. Tutto ciò comporta per gli Stati contraenti un obbligo di *astenersi* così come un obbligo di *agire*. Tali obblighi sono sicuramente più estesi nel caso in cui due Stati siano legati da convenzione internazionale che nel caso contrario.

Il principio della buona fede impone innanzitutto l'obbligo di astenersi dal *mentire* e dal ricorrere ad *astuzia* o *macchinazioni* per imbrogliare la controparte²⁴. Ciò significa che viola il principio della buona fede lo Stato che, rivolgendosi ad un altro Stato, usa delle menzogne.

Oltre a ciò il principio della buona fede impone agli Stati una certa chiarezza nelle proprie affermazioni, e perciò l'astensione da un *comportamento ambiguo* che potrebbe indurre in errore la controparte. Da un lato lo Stato che si rivolge ad un altro deve conoscere il significato obiettivo della propria dichiarazione e deve provvedere affinché il

- 9 Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957.
- 10 Per la CEEstr cf. DTF 113 Ib 283 c. 3c; M.-R. MARCHETTI, Estradizione, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1990, 413; G. CATELANI, I rapporti internazionali in materia penale, Milano 1995, 272, 273.
- 11 M. TRAVERS, *Droit pénal international*, Paris, 1922, vol. V, n. 2324 II; M. AUBERT/P. A. BEGUIN/P. BERNASCONI/J. G. VON BURG/R. SCHWOB/R. TREUILLAUD, *Le secret bancaire suisse*, Bern 1995, 457.
- 12 A. FAVRE, *Principes du droit des gens*, Fribourg, 1974, 280; A. VERDROSS, *Règles générales du droit international de la paix*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1929, V, 427; A. VERDROSS/B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1984, 46, 383.
- 13 M. SIBERT, *Traité de droit international public*, Paris 1951, vol. I, 301.
- 14 CIJ, sentenza 20.12.1974, *Essais nucléaires, Australia c. Francia*, Recueil 1974, 268 no. 46.
- 15 J.-P. COT, *La bonne foi et la conclusion des traités*, *Revue belge de droit international* 1968, 140.
- 16 D. CARREAU, *Droit international*, Paris 1994, 74.
- 17 A. GOMEZ ROBLEDO, *Le ius cogens international*, RCADI 1981, III, 173; H. B. REIMANN, *Ius cogens im Völkerrecht*, Zürich 1971, 45.
- 18 G. BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano 1992, 208 e segg.; H. B. REIMANN (n. 17), 101.
- 19 A. VERDROSS/B. SIMMA (n. 12), 46; D. CARREAU (n. 16), 74, 138.
- 20 Art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.
- 21 DTF 117 Ib 340 c. 2a.
- 22 J.-P. MÜLLER, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Köln 1971, 127.
- 23 E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris 1977, 85 con rif.
- 24 E. ZOLLER (n. 23), 55; A. ORAISON, *Le dol dans la conclusion des traités*, *Revue générale de droit international public* 1971, 630 segg.; ASDI 1983, 230.

tenore di questa non sia tale da indurre il destinatario ad attribuire alla dichiarazione medesima un valore diverso da quello conferitole dall'autore. Dall'altro lo Stato accipiente della dichiarazione deve intendere la dichiarazione secondo buona fede, ossia non dare ad essa un significato che sulla base della prassi internazionale ed in relazione alle circostanze concrete in cui la dichiarazione fu emessa possa apparire anomalo o dettato da motivi di carattere soggettivo²⁵.

Ma il principio della buona fede, soprattutto laddove le parti siano legate da convenzione internazionale, impone anche un *obbligo di agire*²⁶. La parte ad un trattato ha infatti l'obbligo di comunicare alla controparte quei fatti importanti che questa non dovesse conoscere, in particolare nel caso in cui la controparte *non sia in grado* di venirne autonomamente a conoscenza²⁷. Ora, nell'ambito dell'applicazione della CEAG, lo Stato richiedente è tenuto a fornire una descrizione dei fatti (art. 14 CEAG). Ma, come già indicato, la giurisprudenza del Tribunale federale ha sempre riconosciuto che allo Stato richiesto non compete l'esame della veridicità dei fatti posti a fondamento della domanda di assistenza; d'altra parte sembra ovvio che le facoltà d'indagine dello Stato richiesto sono concretamente insignificanti, proprio per il motivo che la procedura penale si svolge in un altro Stato. In ragione di ciò e quindi del fatto che lo Stato richiesto *non può concretamente* verificare la correttezza dell'esposto dei fatti posto a fondamento della domanda di assistenza, appare chiaro l'obbligo per lo Stato richiedente di comunicare allo Stato richiesto ogni informazione importante ed utile ed in particolare quindi di renderlo attento ad eventuali errori nell'esposto dei fatti che dovessero essere scoperti in prosieguo di procedura, e cioè dopo la presentazione della rogatoria²⁸. E' stato anzi sostenuto in dottrina e confermato nella prassi internazionale in materia di estradizione che lo Stato richiedente, accertosi di un errore di fatto, abbia l'obbligo di rinunciare ad una domanda di estradizione, e ciò non solo su protesta dello Stato richiesto, ma anche spontaneamente²⁹.

In conclusione si può dunque affermare che nell'ambito dell'applicazione della CEAG, lo Stato richiedente ha l'obbligo di fornire un esposto dei fatti che non sia menzognero, né volutamente lacunoso o vago e atto perciò a indurre in errore lo Stato richiesto; oltre a ciò, nel caso in cui lo Stato richiedente si accorga posteriormente alla presentazione della domanda di assistenza giudiziaria che il suo esposto dei fatti è errato o atto comunque a indurre in errore lo Stato richiesto sulle condizioni di ammissibilità della rogatoria, è tenuto ad informare di ciò lo Stato richiesto o a rinunciare alla domanda di assistenza.

Anche se il rispetto del principio della buona fede tra Stati deve essere presunto³⁰, detta presunzione non osta completamente ad una verifica dei fatti da parte dello Stato richiesto. In effetti si deve unicamente presumere che lo Stato richiedente non abbia esposto consapevolmente fatti falsi, o volutamente lacunosi e contraddittori; ciò non significa però che detti fatti corrispondano alla realtà o siano

verosimili poiché fondati su sufficienti indizi: una cosa è dire che lo Stato richiedente ha mentito, un'altra è affermare che l'esposto contiene dei sospetti non suffragati da sufficienti indizi. D'altra parte si tratta comunque di una presunzione *iuris tantum*, e che perciò non esclude la prova del contrario³¹.

Il principio della buona fede tra Stati perciò non solo non vieta allo Stato richiesto un esame della verosimiglianza dei fatti, nel caso in cui disponga di altre informazioni o mezzi di prova rispetto a quelli contenuti nella domanda, ma anzi, trattandosi di un principio appartenente allo *ius cogens* internazionale, permette allo Stato richiesto, nel caso sia resa verosimile una violazione del principio stesso, di esaminare con particolare scrupolo i fatti descritti nella domanda³², ed eventualmente rifiutare l'assistenza richiesta³³.

c. Le eccezioni

Una prima eccezione (indicata dalla giurisprudenza) al principio secondo il quale lo Stato richiesto non può verificare la veridicità dell'esposto dei fatti contenuto nella domanda è costituita dall'ipotesi di un esposto lacunoso, contraddittorio o manifestamente errato³⁴.

Una seconda eccezione sembra essere rappresentata dal caso in cui un interessato fornisca la prova della non commissione del reato alla base della domanda di assistenza, rispettivamente del fatto che non è in nessun modo implicato nella commissione dello stesso. In tal caso diverse voci di dottrina hanno sostenuto l'applicabilità per analogia del-

25 M. SAULLE, L'errore negli atti giuridici internazionali, Milano, 1963, 29.

26 G. DAHM, Völkerrecht, Stuttgart, 1961, Bd. III, 107, lo indica tra le "sekundäre Pflichten".

27 A. ORAISON (n. 24), 633, 634; E. ZOLLER (n. 23), 57-58.

28 Obbligo talvolta sancito esplicitamente, cf. l'art. 31 par. 2b della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990: "La Parte richiedente informa immediatamente la Parte richiesta (...) di qualsiasi cambiamento di fatto o di diritto, a seguito del quale gli atti a norma del presente capitolo non risultino più giustificati".

29 M. TRAVERS (n. 11), 76 n. 2291, e la prassi internazionale citata; *contra*, H. SCHULTZ, Das Schweizerische Auslieferungsrecht (n. 7), 254, nota 178.

30 J.-M. GROSSEN, Les présomptions en droit international public, Neuchâtel 1954, 56.

31 J.-M. GROSSEN (n. 30), 58.

32 Cf. l'approfondita indagine eseguita dal TF nel caso di cui alla DTF 15 luglio 1982 in re X, menzionata da H. SCHULTZ, Male captus bene deditus?, in ASDI 1984, pag. 96, 97; errata sembrerebbe perciò essere la DTF 16 agosto 1995 (1A.129/95) in re Titolare del conto X, c. 4b e 7, ove, nonostante la verosimiglianza della violazione del principio della buona fede tra Stati, il Tribunale federale non ha ritenuto di scostarsi dai fatti esposti nella domanda né di chiedere spiegazioni complementari in merito allo Stato richiedente.

33 ASDI 1983, 231; DTF 117 Ib 340.

34 DTF 117 Ib 88 con rinvii.

le norme concernenti l'*alibi* in materia di estradizione³⁵, ciò che può condurre al rifiuto dell'assistenza richiesta³⁶; detta opinione sembra essere stata, almeno implicitamente, recepita nella giurisprudenza³⁷.

Infine una terza eccezione è stata sancita dalla giurisprudenza per il caso di una domanda di assistenza per frode fiscale. In tale ipotesi infatti l'autorità richiesta può e deve procedere all'esame della verosimiglianza dell'esposto dei fatti³⁸, e ciò per evitare che lo Stato richiedente possa procurarsi, semplicemente affermando-senza disporre di indizi oggettivi-l'esistenza di una frode fiscale, informazioni e prove per reprimere reati per i quali la Svizzera non concederebbe assistenza³⁹.

d. Critica

Come si è visto né il diritto convenzionale né principi generali di diritto internazionale vietano allo Stato richiesto di esaminare la *verosimiglianza* dell'esposto dei fatti.

D'altra parte le eccezioni previste dalla giurisprudenza al principio, dimostrano che l'esame di verosimiglianza è possibile e necessario. In particolare l'eccezione in materia di frode fiscale dimostra che il Tribunale federale dubita dell'efficacia del principio della specialità, se teme l'utilizzazione a fini non conformi al diritto svizzero delle informazioni trasmesse a seguito di domanda di assistenza giudiziaria; ma perché allora tali timori non dovrebbero valere anche per le domande concernenti altri reati?

Un esame della verosimiglianza dei fatti dovrebbe perciò almeno essere possibile per tutti i casi in cui siano richieste misure coercitive⁴⁰, così come avviene in diritto interno.

2. Contenuto

Per il combinato degli art. 14 CEAG e 28 AIMP, la domanda di assistenza giudiziaria diretta alla Svizzera deve indicare (ove comporti l'adozione di misure coercitive) l'autorità dalla quale emana, l'oggetto ed il motivo della domanda, i dati concernenti le persone contro cui è diretto il procedimento penale, la menzione del reato ed un riassuntivo esposto dei fatti⁴¹.

Tali esigenze hanno per scopo di permettere allo Stato richiesto di stabilire se siano adempiute le condizioni per concedere la postulata assistenza ed in particolare la doppia incriminazione, con esclusione dei reati militari, politici e fiscali, nonché il rispetto del principio della proporzionalità ed il divieto della ricerca indiscriminata di prove, la cosiddetta *fishing expedition*⁴². Le condizioni per concedere l'assistenza determinano dunque il contenuto che deve avere la domanda, e a tal proposito il principio della proporzionalità ed il divieto della *fishing expedition* sono particolarmente rilevanti; proprio perché deve essere verificato il rispetto del principio della proporzionalità, le esigenze in merito al contenuto dell'esposto dei fatti possono essere più elevate in materia di assistenza accessoria che in materia di estradizione⁴³.

Come si vedrà meglio in seguito, il principio della proporzionalità esige, per l'applicazione di misure coercitive

nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale, che vi sia evidente *connessione* tra i fatti oggetto della rogatoria e le prove richieste⁴⁴. Ciò significa che lo Stato richiedente deve perlomeno sostanziare il sospetto su tale connessione indicando gli indizi sui quali si fonda⁴⁵.

D'altro canto è vietato, sia in diritto interno che nell'assistenza internazionale, di procedere ad una *fishing expedition*, ovvero ad una indagine esplorativa tendente ad una ricerca generalizzata di prove per sostanziare un sospetto di reato per il quale non vi sono sufficienti indizi⁴⁶. Ciò significa che la domanda deve almeno indicare gli indizi o elementi concreti ed oggettivi sui quali si fonda il sospetto di reato, così come quelli che fanno sospettare che la prova richiesta sia rilevante.

In conseguenza di ciò non solo la domanda di assistenza deve indicare *chi*, avrebbe fatto *cosa* e *quando*⁴⁷, ma deve anche indicare gli *indizi* o comunque quegli elementi ogget-

35 Art. 47 cpv. 1 lit. b ed art. 53 AIMP.

36 P. BERNASCONI, Droits et devoirs de la banque et de ses clients dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in Beiträge zum Schweizerischen Bankrecht, Bern 1987, 394; H. SCHULTZ, Secret bancaire et entraide judiciaire internationale en matière pénale, Cahier SBS n. 22, Basel 1982, 34.

37 DTF 109 Ib 158; 107 Ib 256; P. NEYROUD, Entraide internationale en matière pénale, in Etudes suisses de droit européen, vol. 30, Genève 1986, 36; cf. tuttavia l'opinione apparentemente contraria di J.-F. EGLI, L'entraide judiciaire accordée par la Suisse pour la répression des délits d'initiés, in Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, 619.

38 DTF 116 Ib 103 c. 4c.

39 DTF 115 Ib 78.

40 In tal senso D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1994, ad art. 47 LB, n. 61; S. HUSY, Der Begriff des "Umbeiligten Dritten", Basel 1987, 95; S. GAFNER D'AUMERIES, Le principe de double incrimination, Basel, 1992, 150,154; G. CATELANI (n. 10) 320, propone in particolare alla Svizzera di escludere ogni possibilità di ricorso contro la rogatoria e, in contropartita a salvaguardia dei diritti fondamentali degli interessati, di prevedere un esame molto approfondito in merito all'ammissibilità della rogatoria: la recente proposta di revisione dell'AIMP prevedendo appunto un'importante riduzione delle facoltà di ricorso, sembrerebbe giustificato almeno non limitare il potere cognitivo del giudice richiesto.

41 W. DE CAPITANI, Internationale Rechtshilfe – Eine Standortbestimmung, RDS 1981, vol. II, 427.

42 DTF 118 Ib 122; 106 Ib 264; 103 Ia 211 c. 6.

43 DTF 28 settembre 1983 (A.196/83) in re B., c. 5.

44 P. SCHMID/L. FREI/R. WYSS/J.-D. SCHOUWEY, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981, vol. II, 269; C. MARKEES, Entraide internationale en matière pénale, FJS 423b, Genève 1983, 10.

45 DTF 112 Ib 604; 113 Ib 165; P. BERNASCONI (n. 36), 400.

46 DTF 103 Ia 211 c. 6.

47 W. DE CAPITANI (n. 41), 429.

tivi che giustificano il sospetto che sia stato commesso un reato rispettivamente la *connessione* con gli elementi di prova richiesti.

Perciò non mi sembra corretta l'opinione secondo la quale non sarebbe necessario allegare mezzi di prova⁴⁸ all'esposto dei fatti. Come può lo Stato richiesto verificare, in particolare in caso di ricorso od opposizione di un interessato, che i sospetti avanzati dallo Stato richiedente siano basati su concreti indizi, se non gli vengono mostrati tali indizi?⁴⁹ D'altra parte può essere pericoloso, per lo Stato richiedente, limitarsi ad esporre il contenuto delle prove o indizi (ad esempio testimonianze) di cui dispone senza produrle; nel caso di inesattezze in tale esposto, si esporrebbe facilmente al rimprovero di aver violato il principio della buona fede tra Stati.

Di conseguenza mi sembra invece necessario ed opportuno allegare gli elementi di prova alla domanda proprio per permettere allo Stato richiesto di valutare se vi siano concreti indizi atti a sostanziare il sospetto di reato⁵⁰.

3. Prima conclusione

Da quanto sopra esposto si comprende che è difficile, se non impossibile, scindere la questione dell'esame della verosimiglianza dei fatti da parte dell'autorità rogata, da quella delle esigenze formali, e perciò del contenuto minimo che deve avere una domanda di assistenza giudiziaria. Dire infatti che una domanda deve contenere l'indicazione degli elementi concreti ed oggettivi che fondano il sospetto di reato avanzato dall'autorità dello Stato richiedente, significa permettere allo Stato richiesto di verificare la consistenza e almeno la sufficienza di tali indizi, e permettergli perciò di procedere ad un esame di verosimiglianza.

Ovviamente si tratta però solo di un esame di verosimiglianza, e perciò di natura sommaria, limitato per forza di cose agli atti di cui dispone lo Stato richiesto, e perciò alla domanda con i suoi allegati e alle eventuali prove fornite da interessati nell'ambito delle procedure di ricorso, tenuto presente che, in caso di dubbio⁵¹, si deve decidere a sfavore dello Stato richiedente⁵². Tutto ciò fermo restando però che le esigenze di verosimiglianza sono inferiori se l'inchiesta si trova ancora agli inizi⁵³.

Né si può obiettare che tutto ciò sia contrario allo scopo stesso della procedura di assistenza, che non è di giudicare se una persona sia colpevole o meno, ma unicamente di fornire dei mezzi di prova che siano utili al giudice estero per il giudizio sulla colpevolezza⁵⁴; con un esame di *verosimiglianza* infatti non si pretende certo di decidere definitivamente della questione della colpevolezza, che spetta ovviamente al solo giudice estero.

Di conseguenza mi sembra che, se non formalmente⁵⁵ almeno materialmente, dovrebbe vigere anche nell'ambito dell'assistenza internazionale⁵⁶ il principio sviluppato in diritto interno secondo il quale un istituto procedurale implicante misure coercitive e che perciò intacca i diritti individuali (come il sequestro, la perquisizione, o i controlli telefonici) risulta legittimo unicamente in presenza concorrente di sufficienti (e seri) indizi di reato e di suffi-

cienti (e seri) indizi del valore probatorio e perciò di connessione tra il reato e l'oggetto della prova, tenuto conto anche del principio della proporzionalità⁵⁷, l'esistenza di tali presupposti dovendo essere verificata con maggior rigore quanto più sono approfonditi gli accertamenti istruttori⁵⁸.

II. Proporzionalità

Per giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'applicazione di misure coercitive che limitano perciò le libertà individuali garantite dalla Costituzione, come la libertà personale (con la connessa protezione della sfera personale segreta), ed il segreto delle telecomunicazioni garantito dall'art. 36 cpv. 4 Cost., è ammissibile solo in presenza di una base legale, di un interesse pubblico, e del rispetto del principio della proporzionalità e dell'essenza stessa della libertà⁵⁹.

In particolare il principio della proporzionalità è stato riconosciuto come un principio fondamentale di rango costituzionale che deve trovare applicazione in ogni momento dell'attività di un organo statale⁶⁰. Il principio è quindi stato recepito come essenziale anche nella procedura penale⁶¹.

Per tale principio una misura coercitiva deve essere *idonea* e perciò atta a conseguire lo scopo che si prefigge, *necessaria* e quindi giustificata da un interesse pubblico preponderante rispetto agli interessi privati cui si contrap-

48 DTF 11 gennaio 1984 (A. 285/83) in re Bank G, c. 3.

49 RVJ 1984, 289 e segg.

50 P. BERNASCONI, La cooperazione giudiziaria italo-svizzera per le indagini bancarie di carattere penale, in *Metodologie e strumenti per le indagini bancarie e patrimoniali*, 1987, 187-188.

51 Nonostante una domanda di informazioni complementari giusta l'art. 28 cpv. 6 AIMP.

52 DTF 2 marzo 1983 (P. 1/83) in re B. e S., c. II 2

53 DTF 106 Ib 264; *contra*: S. GAFNER D'AUMERIES (n. 40), 146.

54 P. SCHMID/L. FREI/R. WYSS/J.-D. SCHOUWEY (n. 44), 293.

55 Nell'ambito di applicazione della CEAG: DTF 99 Ia 87 c. 5; K.-F. NAGEL, *Beweisaufnahme im Ausland*, Freiburg i. Br., 1988, 122, 152; formalmente potrebbe però esser applicabile, in virtù del principio di reciprocità, nei confronti di quegli Stati che hanno formulato la riserva prevista all'art. 5 par. 1 lett. c CEAG, vale a dire tutti salvo Francia, Grecia, Israele, Italia, Liechtenstein, Portogallo, Rep. Ceca, Slovacchia.

56 T. BRUN, *Die Beschlagnahme von Bankdokumenten in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Zürich 1996, 40 e segg.

57 Rep. 1987, 266.

58 Rep. 1989, 599.

59 DTF 102 Ia 531; 120 Ia 316; J.-F. AUBERT (n. 5), vol. 3, 208, n. 1758-1774.

60 A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, 350; P. MOOR, *Droit administratif*, Bern 1988, vol. I, 351.

61 G. PIQUEREZ, *Precis de procédure pénale suisse*, Lausanne, 1994, n. 1359.

pone, ed *indispensabile*, lo scopo non potendo essere raggiunto con altri mezzi⁶².

Applicato nell'ambito dell'assistenza internazionale ciò significa che vi deve essere evidente *connessione* tra i fatti oggetto della domanda e la prova richiesta⁶³, e che la prova richiesta deve essere *rilevante* per la procedura penale estera⁶⁴, ciò che è specificato anche dall'art. 63 AIMP; inoltre le misure richieste devono essere giustificate dalla gravità dell'infrazione, ciò che impone di soppesare l'importanza del risultato probatorio che si vuol conseguire e l'ampiezza dell'inchiesta necessaria per raggiungerlo, così come l'importanza del reato e l'intensità degli inconvenienti cagionati a terze persone nell'ambito dell'esecuzione. Infine il principio della proporzionalità impedisce all'Autorità richiesta di andare oltre i provvedimenti postulati dall'Autorità richiedente⁶⁵.

Tutto ciò comporta una serie di limiti all'accoglimento della domanda di assistenza, di ordine temporale, spaziale, in rapporto al tipo di reato, alla consistenza degli indizi esistenti, alle persone implicate, all'importanza della prova richiesta, e all'importanza degli inconvenienti causati dall'esecuzione, come indicato da un'autorevole voce di dottrina, alla quale si può integralmente rinviare⁶⁶.

Anche nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale, ed in particolare quando sia richiesta l'applicazione di misure coercitive, il principio deve perciò trovare *piena* applicazione, poco importando se non sia enunciato espressamente dalla CEAG, o che l'AIMP regoli esplicitamente solo alcuni suoi casi di applicazione; trattandosi di un principio fondamentale dello Stato liberale⁶⁷, lo stesso può essere considerato facente parte dell'ordine pubblico interno ai sensi dell'art. 2 lit. b CEAG⁶⁸, o comunque applicabile, come principio fondamentale di procedura, in virtù del rinvio dell'art. 3 par 1 CEAG⁶⁹. Tali questioni devono dunque essere esaminate liberamente dall'Autorità richiesta, per la quale deve essere *evidente* che le misure richieste rispettino il principio della proporzionalità⁷⁰.

In conseguenza di ciò non ritengo si possa condividere l'orientamento del Tribunale federale il quale (così come le istanze inferiori) esamina tali questioni con potere cognitivo limitato, sanzionando solo le violazioni manifeste, sia in ambito di ammissibilità della rogatoria sia in ambito della decisione di trasmissibilità delle prove raccolte⁷¹. Tale esame limitato sembrerebbe essere motivato dalla considerazione pragmatica⁷² che il giudice rogato non dispone quasi mai di sufficienti conoscenze del procedimento estero⁷³. Ma tale motivazione mi pare poco soddisfacente. Se il contenuto della domanda deve essere sufficiente a verificare il rispetto del principio della proporzionalità⁷⁴, ciò significa che, se non si è in grado di verificare il rispetto di tale principio, il contenuto della domanda è insufficiente, ciò che deve andare evidentemente a scapito dello Stato richiedente⁷⁵, e non a scapito del principio stesso. Altrimenti tanto varrebbe delegare allo Stato richiedente il compito di verificare il rispetto della proporzionalità, ciò che è evidentemente inammissibile⁷⁶.

Così facendo si rende privo di contenuto lo stesso principio di proporzionalità. Infatti in tal modo si accorda assi-

stenza applicando misure coercitive e si trasmettono allo Stato estero prove che *non si esclude* siano connesse con i reati sospettati e che *non si esclude* possano essere di qualche utilità al giudice estero⁷⁷, concedendo così al giudice estero delle facoltà d'indagine e d'ingerenza nelle libertà individuali che il giudice interno non ha, in violazione del principio base dell'assistenza internazionale in materia penale, secondo il quale il giudice estero non deve poter ottenere a mezzo assistenza internazionale più di quanto non potrebbe ottenere un giudice svizzero in un procedimento interno⁷⁸.

-
- 62 J.-F. AUBERT (n. 5), vol. 3, n. 1765; J.-P. MÜLLER, Introduction aux droits fondamentaux, in Commentaire de la Constitution fédérale, Bern, 1987, n. 145–168; W. DE CAPITANI (n. 41), 415.
- 63 Ciò che è peraltro implicito nella stessa CEAG: DTF 99 Ia 95.
- 64 C. MARKEES (n. 44), FJS 423b, 11.
- 65 DTF 118 Ib 128; 115 Ib 375.
- 66 P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 398–402; classificazione ripresa da T. BRUN (n. 56), 80–83.
- 67 J.-F. AUBERT (n. 5), vol. 3, 209.
- 68 B. WAGNER, Die Voraussetzungen für die Gewährung Internationaler Rechtshilfe in Strafsachen, BJM 1985, 130; in tal senso, anche se riferito a tutti i principi costituzionali, M. ROMANENS, Die Telefonüberwachung als Gegenstand der Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 1974, 109.
- 69 DTF 3 agosto 1982 (P.201/82) in re I. SA, c. 3; W. DE CAPITANI (n. 41), 416; T. BRUN (n. 56), 101; Conseil de l'Europe, Commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications, Strasbourg, 1986, 12; "...le deuxième motif de refus (...) a trait au pouvoir d'appréciation dont les autorités de la Partie requise jouissent dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, elles ont à se prononcer sur la question de savoir si la surveillance demandée est justifiée, en particulier si le recours à cette mesure d'enquête est proportionnel à la gravité de l'accusation, au degré de suspicion qui pèse sur l'accusé ou à l'urgence de l'affaire. Ce pouvoir d'appréciation doit être exercé conformément à la législation qui, 'dans cet Etat', régit la surveillance des télécommunications, en d'autres termes, conformément aux règles – de droit matériel aussi bien que de droit procédural – applicables aux demandes de surveillance émanant d'autorités de cet Etat. Cette règle vise à assurer le traitement égal des demandes nationales et des demandes étrangères...".
- 70 P. SCHMID/L. FREI/R. WYSS/J.-D. SCHOUWEY (n. 44), 269; C. MARKEES (n. 44), FJS 423b, 10.
- 71 DTF 113 Ib 165; 121 II 243; DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd., C. Ltd., D. SA, J, c. 3c.
- 72 L. KRAUSKOPF, Das Bankgeheimnis in der Rechtshilfepraxis, in Festschrift für Beat Kleiner, Zürich, 1993, 390.
- 73 DTF 115 Ib 83 c. 4a.
- 74 Cf. supra I 2.
- 75 DTF 2 marzo 1983 (P. 1/83) in re B.e S.,c. II 2.
- 76 DTF 115 Ib 197.
- 77 DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd., C. Ltd., D. SA, J, c. 3c.
- 78 DTF 103 Ia 212; P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 398; C. MARKEES (n. 44), FJS 423b, 13; K.-F. NAGEL (n. 55), 171.

Infine si può osservare che la limitazione del potere di esame del giudice richiesto è in contraddizione con l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale in merito al divieto di andare *ultra petita*. Tale divieto si fondava infatti sulla considerazione che il dominus dell'inchiesta penale è il giudice estero, che è in migliore posizione per decidere della rilevanza dei mezzi di prova, ed alle cui istruzioni il giudice richiesto deve perciò attenersi⁷⁹; il divieto era dunque il corollario del limitato potere cognitivo del giudice richiesto in merito alla connessione e rilevanza delle prove⁸⁰. La portata del principio è però stata in seguito ridotta, la giurisprudenza ammettendo un'eccezione al divieto nel caso di urgenza e nell'ambito di misure provvisori⁸¹; coerentemente poi con l'evoluzione delle concezioni in tal materia⁸², evoluzione manifestatasi anche in dottrina⁸³, il Tribunale federale ha ridimensionato ulteriormente il principio precisando che, se del caso, la domanda di assistenza deve esser interpretata, e che nulla si oppone ad un'interpretazione *estensiva* della stessa, ciò che evita fra l'altro un'eventuale domanda complementare⁸⁴. Vista l'evoluzione della giurisprudenza mi pare sia stata in concreto abbandonata l'opinione secondo la quale solo il giudice richiedente può decidere della rilevanza dei mezzi di prova; venendo a cadere anche tal motivo, sul quale unicamente si fondava la limitazione del potere cognitivo in merito al principio della proporzionalità, non vi è più alcuna ragione per tale limitazione. Anzi, mi sembrerebbe particolarmente preoccupante mantenere tale limitazione, contemporaneamente con la facoltà di interpretare estensivamente la domanda di assistenza, essendovi il rischio che vengano intraprese ricerche, implicanti misure coercitive, non espressamente richieste dallo Stato estero, e che poi i risultati di tali indagini vengano trasmessi integralmente poiché non si può escludere una loro utilità: ciò mi sembrerebbe privare di contenuto l'essenza stessa del principio della proporzionalità e delle libertà individuali.

III. Fishing expedition

Per giurisprudenza del Tribunale federale in diritto interno e a maggior ragione nell'ambito dell'assistenza internazionale è vietato procedere ad una *fishing expedition*, ovvero ad una indagine esplorativa tendente alla ricerca generalizzata di prove e volta a sostanziare un'ipotesi di reato che non trova conforto in ulteriori sufficienti indizi⁸⁵. Tale principio viene fatto derivare dal principio della proporzionalità, del quale non è che un caso particolare di applicazione⁸⁶.

Nella prassi tale principio sembra però applicato dal Tribunale federale con grande ritegno⁸⁷. Parimenti anche in alcune giurisprudenze cantonali sembra si sia posto l'accento su un solo elemento del divieto di ricerca indiscriminata di prove, e cioè l'esigenza di sufficientemente determinare la direzione della ricerca di prove⁸⁸.

Mi sembra però che tale orientamento sminuisca senza ragione il principio del divieto della *fishing expedition*⁸⁹. Tale divieto infatti si compone di due elementi.

Da un lato si esige che la ricerca di prove non sia indiscriminata, e perciò sia indirizzata. Ciò significa che devono essere indicati gli indizi che fanno sospettare la possibilità di reperire delle prove utili al procedimento in un posto piuttosto che in un altro, nel caso di perquisizioni e sequestri la documentazione ricercata dovendo essere almeno sommariamente indicata⁹⁰.

Nel caso di sequestri di documentazione presso istituti bancari è stato ad esempio precisato che l'Autorità deve indicare sulla base di quali indizi ritiene che le ricerche vadano effettuate in tali banche del Cantone Ticino piuttosto che in altre del Cantone Zurigo⁹¹. Inoltre la documentazione da sottoporre a sequestro deve essere almeno sommariamente descritta⁹². Ad esempio, anche in presenza di gravi indizi di reato a carico di un notaio, l'Autorità penale non può procedere alla perquisizione o sequestro di *tutti* gli incarti custoditi in uno studio notarile⁹³.

Vi è però l'altra e principale componente del principio del divieto della *fishing expedition*. Risulta infatti illecita l'applicazione di misure processuali coercitive volte a sostanziare sospetti di reato non ancora suffragati da sufficienti indizi. Non è perciò lecito utilizzare tali misure per

79 DTF 111 Ib 131.

80 Direttive dell'Ufficio federale di polizia sull'AIMP 1991, 36.

81 DTF 116 Ib 105 c. 5b.

82 Si veda l'art.10 della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990 che prevede appunto la facoltà di comunicare spontaneamente informazioni; cf. anche l'art. 67a cpv. 5 del progetto di modifica dell'AIMP, FF 1995, III, 53.

83 T. BRUN (n. 56), 92-94.

84 DTF 121 II 243.

85 DTF 103 Ia 211 c. 6.

86 DTF 103 Ia 211 c. 6; 102 Ia 533 c. 5c; che la *fishing expedition* sia esclusa dalla cooperazione internazionale in materiale penale è opinione diffusa, cf. Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépitage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg 1991, 23.

87 B. WAGNER (n. 68), 119; P. BERNASCONI, Bankgeheimnis und internationale Rechtshilfe in Strafsachen zwischen Datenschutz und Tatenschutz: Die Quadratur des Zirkels, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1995, 101.

88 Rep. 1992, 357.

89 Forse più che ad una limitazione del potere cognitivo, ciò è dovuto al fatto che il contenuto del principio non è stato oggetto di particolare interesse da parte della dottrina svizzera, se non recentemente; cf. T. BRUN (n. 56), 20 e segg., e J. BENEDICT, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, Lausanne 1994, 189.

90 DTF 102 Ia 527 c. 5c; J. BENEDICT (n. 89), 191; P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 400, 402.

91 DTF 104 IV 132; Rep. 1992, 357; P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 400.

92 DTF 119 IV 177.

93 DTF 102 Ia 527.

costruire un'accusa⁹⁴, ovvero per andare alla ricerca della *notitia criminis*⁹⁵, o, disponendo di indizi per un reato, per ricercare indizi della commissione di *altri* reati non ancora noti⁹⁶.

Per giustificare misure coercitive, gli indizi dei quali dispone l'Autorità inquirente devono quindi rendere *verosimile* la commissione di un reato⁹⁷ sulla base di concreti fatti, e non unicamente su criteri empirici o criminologici; non sarebbe lecito, sulla base della sola considerazione (statistica) che in relazione alle riparazioni di autoveicoli a seguito di incidenti della circolazione vengono spesso commesse delle truffe ai danni delle compagnie assicurative, procedere ad un sequestro di documentazione presso un'assicurazione (o un garagista) per ottenere prove di eventuali truffe⁹⁸.

È stato ad esempio precisato che per eseguire indagini bancarie in un procedimento contro un dirigente di una società accusato di aver danneggiato il patrimonio della stessa, a suo profitto, mediante transazioni commerciali fittizie, è necessario indicare sulla base di quali indizi si sospetta appunto che si sia trattato di operazioni fittizie o che sia stato fatto uso di documentazione falsa⁹⁹.

D'altra parte, in caso di sospetta violazione della LAFE¹⁰⁰ commessa da componenti di uno studio legale, è stata negata la legittimità di un sequestro indiscriminato di tutti i documenti riferentesi a tutte le società immobiliari amministrate dai sospetti, il sequestro potendo essere confermato solo per i documenti concernenti le società con riferimento alle quali erano già emersi indizi di reato¹⁰¹.

In un procedimento per corruzione nei confronti di una persona sospettata di aver intascato una bustarella di 350000 USD per favorire un'impresa nell'ambito di trattative per l'acquisto di un aereo è stata ritenuta illecita *fishing expedition* una domanda di assistenza tendente ad ottenere *tutta* la documentazione bancaria relativa al prevenuto, ai suoi familiari, ed al sospetto corruttore, per scoprire eventuali *altri* versamenti e indizi di *altri* reati¹⁰².

Infine è stato precisato che non è lecito mettere sotto sorveglianza un telefono pubblico situato in un bar notoriamente frequentato da tossicodipendenti per questo solo motivo, e cioè nella speranza di ottenere così indizi di reati¹⁰³.

Sulla base di tali considerazioni non posso condividere l'indirizzo della più recente giurisprudenza, secondo la quale si dovrebbe dar seguito ad una domanda di assistenza anche se fondata solo su sospetti generali¹⁰⁴. Per questo non mi pare neppure corretta una tendenza, sviluppatasi recentemente a seguito delle domande di assistenza italiane nell'ambito dell'inchiesta Mani pulite, ove l'Autorità richiedente disponeva di concreti sospetti del versamento di *una* bustarella su di un conto bancario svizzero, ed è riuscita ad ottenere indagini su tutti i movimenti di tal conto, per verificare l'esistenza di eventuali *altri* versamenti e quindi corruzioni non ancora note¹⁰⁵, così come su tutti i conti bancari in qualche modo connessi con il primo per avergli bonificato o da questo ricevuto somme di denaro¹⁰⁶. In tali casi mi sembra si sia proceduto ad una tipica *fishing expedition*, cercando non solo le prove del pagamento del

prezzo della corruzione sospettata, ma anche indizi di eventuali altre corruzioni o altri reati.

IV. Terzi non implicati (quasi un necrologio)

Nel corso di un'indagine, ad esempio, bancaria svolta nell'ambito dell'assistenza internazionale emergono spesso informazioni concernenti terzi.

Per l'art.10 cpv1 AIMP le informazioni inerenti la sfera segreta di persone che, secondo la domanda di assistenza, non sono implicate nel procedimento penale all'estero potranno esser comunicate allo Stato richiedente solo se appaiano indispensabili per l'accertamento dei fatti, e l'importanza del reato lo giustifichi. Analoga norma è contenuta anche nel Trattato di assistenza giudiziaria con gli Stati Uniti d'America (TAGSU)¹⁰⁷.

Tali disposizioni sono però state interpretate dalla giurisprudenza in maniera molto restrittiva. Infatti è stato precisato che per implicare un terzo basta l'esistenza di un rapporto sufficiente, diretto e reale tra la persona ed uno

94 P. BERNASCONI, *Droits et devoirs* (n. 36), 400.

95 Come esplicitamente indicato dalla Corte di cassazione italiana, *Foro italiano* 1994, II, 225.

96 DTF 3 agosto 1982 (P. 201/82) in re I. SA, c. 5.

97 K. PETERS, *Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*, in *Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages*, Berlin, 1966, Bd. I, Teil 3a, 143.

98 H. WALDER, *Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht*, recht 1990, 3.

99 RVJ 1984, 289 segg.

100 Legge federale del 16 dicembre 1983 sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero.

101 DTF 102 Ia 533; in tal caso era stato dichiarato legittimo anche il sequestro riguardante le società a proposito delle quali non vi erano indizi, ma che risultavano proprietarie di appartamenti siti nei medesimi immobili a proposito dei quali erano emersi indizi di reato, tale connessione essendo sufficiente, probabilmente solo a causa del potere cognitivo limitato all'arbitrio del TF; a dire il vero, trattandosi di ingerenza grave nella sfera personale segreta – DTF 102 Ia 520 – e dovendosi controllare la proporzionalità di tale misura, dubito che tale limitazione del potere cognitivo fosse corretta: W. KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1994, 175, 185.

102 DTF 17 settembre 1986 (A. 91/86) in re Bank X, c. 4b, 4d.

103 RSJ 1992, 13.

104 DTF 120 Ib 254.

105 DTF 28 febbraio 1994 (1A. 5/94) in re M. Etablissement, c. 6; P. BERNASCONI, *Le secret bancaire suisse entre deux feux: procédures pénales et fiscales*, in *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, Lausanne e Bellinzona 1996, 17.

106 DTF 16 agosto 1995 (1A.129/95) in re Titolare conto X, c. 5; Rep. 1992, 360, c. 2.6; P. BERNASCONI, *Bankgeheimnis* (n. 87), 102.

107 Art.10 n. 2 del Trattato 25.5.1973 con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale.

dei fatti indicati nella domanda¹⁰⁸, essendo ininfluyente se questi sia parte nel procedimento estero, se sia menzionato nella domanda, se abbia partecipato al reato o se sia stato in buona fede utilizzato dagli autori¹⁰⁹.

D'altra parte, in una recente sentenza¹¹⁰ il Tribunale federale sembrerebbe addirittura aver messo in dubbio la compatibilità dell'art.10 cpv.1 AIMP con gli obblighi derivanti dalla CEAG, lasciando intendere quindi che sarebbe inapplicabile anche formalmente per il principio della prevalenza del diritto internazionale sul diritto interno.

Entrambi questi orientamenti della giurisprudenza mi paiono criticabili.

1. Compatibilità con il diritto convenzionale

Che il particolare rispetto della sfera privata del terzo non implicato sia compatibile con il TAGSU è fuori discussione, per il semplice motivo che è previsto da una disposizione contenuta nel Trattato stesso.

Non vedo poi motivo per dubitare della compatibilità dell'art. 10 AIMP con la CEAG, in particolare poiché tale disposizione di legge non è altro che un caso di applicazione del principio della proporzionalità¹¹¹ che, come si è visto in precedenza¹¹², deve trovare piena e concreta applicazione anche nell'ambito dell'assistenza internazionale retta dalla CEAG.

Inoltre la particolare protezione della sfera segreta del terzo non implicato è contenuta in una disposizione di legge che verte sul diritto rifiutare di testimoniare¹¹³, e quindi su di un istituto del diritto processuale che, in quanto tale, è appunto esplicitamente riservato dall'art 3 par.1 CEAG¹¹⁴.

Infine giova rilevare che la protezione della sfera segreta del terzo non implicato è una caratteristica del diritto svizzero sancita da lunga data¹¹⁵, che sembra esser stata sempre ritenuta compatibile con la CEAG, appunto con riferimento all'art. 3 par. 1¹¹⁶.

Infine, non mi sembra si possa dubitare della compatibilità delle norme che tutelano la sfera personale riservata con la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8.11.1990 poiché detta Convenzione non contiene norme di applicazione immediata¹¹⁷, e comunque permette il rifiuto della collaborazione nel caso di contrasto con i principi fondamentali del sistema giuridico dello Stato richiesto, quale certamente è, per la Svizzera, il principio di proporzionalità¹¹⁸.

2. La nozione di terzo non implicato

Come già indicato, la giurisprudenza ha interpretato in maniera molto restrittiva la nozione di terzo non implicato. In rarissimi casi sembrerebbe però che si sia fatta applicazione di tale istituto.

Nel caso dello "scandalo dei petroli" infatti, ove dei membri della Guardia di Finanza italiana erano sospettati di corruzione, era stata negata la qualità di terzi ai parenti degli imputati titolari di conti bancari in Svizzera sui quali si sos-

pettava fossero state riversate le mazzette¹¹⁹; in un considerando non pubblicato di tale sentenza, il Tribunale federale aveva però riconosciuto ad un ricorrente la qualità di terzo non implicato, ordinando quindi di non trasmettere indicazioni sulle sue generalità allo Stato richiedente. Vi è però che tale persona era il procuratore del coniuge di un imputato, il quale aveva proceduto all'estinzione di un conto bancario "sospetto" prelevando i titoli ivi depositati¹²⁰; ho quindi l'impressione che si sia trattato di un errore poiché, come procuratore di un conto "sospetto", tale persona era in relazione diretta ed oggettiva con la fattispecie inquisita¹²¹, oltre ad essere un potenziale testimone di una certa importanza, avendo personalmente estinto il conto.

Lo stesso si potrebbe dire del caso ove è stato applicato l'art. 10 cpv. 1 AIMP alla figlia della vittima di un omicidio che aveva, su incarico di una persona sospetta, prelevato somme di denaro dal conto della vittima¹²².

Ma allora, se i pochissimi casi ove è stata riconosciuta la qualità di terzo sono da ritenere degli errori, ha probabilmente ragione quell'orientamento di dottrina che sostiene che la figura del terzo non implicato in realtà non esiste, e che l'art.10 AIMP (e la simile disposizione del TAGSU) è lettera morta¹²³.

Ora, una giurisprudenza che interpreta un articolo di legge nel senso di renderlo praticamente lettera morta non può esser soddisfacente. Pur con tutta la comprensione per le ragioni che stanno alla base di tale giurisprudenza che, in sostanza, è fondata sull'esigenza di collaborare il più possibile alla lotta al crimine, è innegabile che, se l'Assemblea federale ha votato un articolo di legge che concede

108 DTF 107 Ib 255; SJ 1985, 381.

109 DTF 112 Ib 604.

110 DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd., C. Ltd., D. SA, J, c. 5.

111 DTF 8 febbraio 1984 (A 350/83) in re Banque X, c. 3; W. DE CAPITANI (n. 41), 456; D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ (n. 40), n. 73; P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 366.

112 Cf. supra II.

113 L. FREI, Le Traité d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis d'Amérique et la révélation de secrets protégés par la loi, FJS 67, Genève 1989, 45.

114 P. SCHMID/L. FREI/R. WYSS/J.-D. SCHOUWEY (n. 44), 275; K.-F. NAGEL (n. 55), 153.

115 GAAC 1957, 12 segg.

116 DTF 8 febbraio 1984 (A.350/83) in re Banque X., c. 3; DTF 112 Ib 604, c. 13d.

117 FF 1992, VI, 33.

118 Art.18 n.1 lit. a della Convenzione; FF 1992, VI, 27.

119 DTF 112 Ib 604, c.13d.

120 DTF 112 Ib 604, c.13e non pubblicato.

121 DTF 8 febbraio 1984 (A. 350/83) in re Banque X, c. 3b.

122 DTF 17 marzo 1988 in re X. citato da T. BRUN (n. 56), 112, n. 32.

123 W. DE CAPITANI, Die Stellung des unbeteiligten Dritte im Rechtsmittelverfahren, in Publication FSA, vol. 1, Zürich 1986, 59; P. BERNASCONI, Droits et devoirs (n. 36), 365; D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ (n. 40), n. 73a.

una particolare protezione della sfera privata, bisognerebbe trovare il modo di dare un senso a tale disposizione. In effetti non si può dimenticare che si tratta di una norma alla quale il legislatore aveva attribuito notevole importanza¹²⁴, tant'è che, nel recente progetto di revisione dell'AIMP, il Consiglio federale aveva rinunciato a proporre la modifica¹²⁵.

Non sorprende quindi che, in dottrina, sia stata proposta un'interpretazione della nozione di terzo non implicato diversa da quella data dall'attuale giurisprudenza¹²⁶. Per tale orientamento, terzo non implicato sarebbe chiunque non risulti formalmente imputato nel procedimento e nei cui confronti non sussistano sospetti, fondati su concreti indizi, di aver partecipato alla realizzazione del reato¹²⁷. Tale interpretazione è forse più vicina alle intenzioni del legislatore, il quale sembrava appunto partire dal presupposto che la distinzione essenziale fosse tra l'imputato ed il terzo, solo quest'ultimo dovendo beneficiare di una protezione accresciuta della sfera privata¹²⁸. D'altra parte non si può neppure obiettare che detta nozione di terzo finirebbe per sabotare il procedimento penale estero¹²⁹, per il semplice motivo che il riconoscimento della qualità di terzo non implicato ad una persona non comporta un divieto assoluto di comunicare all'estero le informazioni che lo riguardano, ma impone unicamente di valutare se tale comunicazione sia indispensabile per l'accertamento della verità e se l'importanza del reato lo giustifichi¹³⁰.

Per questi motivi credo che l'interpretazione proposta comporterebbe il riconoscimento della qualità di terzo in molti più casi che l'attuale giurisprudenza conferendo quindi concreta portata all'art. 10 n. 2 TAGSU, senza impedire un'efficace lotta alla criminalità; la stessa sarebbe perciò preferibile.

Per quanto riguarda l'art. 10 AIMP invece la questione sembra esser divenuta priva di oggetto poiché, con la revisione dell'AIMP, detta disposizione sarà abrogata, proprio perchè resa praticamente lettera morta dalla giurisprudenza¹³¹. Sarebbe però auspicabile che anche nell'ambito di applicazione dell'AIMP la protezione della sfera segreta di terzi, vanto dalla Svizzera sino a pochi anni fa, venga comunque garantita dal rigoroso rispetto del principio della proporzionalità¹³².

V. Specialità

1. Scopo

Si sa che l'assistenza giudiziaria è totalmente esclusa per certi tipi di reati, come quelli fiscali, politici o valutari, ed è soggetta, in caso di applicazione di misure coercitive, al requisito della doppia incriminazione.

Tale principio sarebbe però lettera morta se le informazioni ottenute dal giudice estero potessero essere da questi utilizzate anche per la repressione di reati per i quali l'assistenza non sarebbe ammissibile.

Da lungo tempo quindi la prassi svizzera ha dichiarato l'applicabilità del principio della specialità, già conosciuto

in materia di estradizione, anche alla cosiddetta assistenza accessoria¹³³. L'applicazione di tale principio è stata consacrata espressamente dalla riserva formulata dalla Svizzera all'art. 2 lit. b CEAG e confermata dall'art. 67 AIMP. Perché tal principio sia però opponibile allo Stato richiedente nell'ambito della CEAG la Svizzera deve, al momento della comunicazione delle informazioni richieste, informare esattamente circa i limiti che vengono posti all'utilizzazione delle stesse¹³⁴; ovviamente è quindi il diritto svizzero che determina quali siano tali limiti e quale debba essere perciò il contenuto della riserva di specialità¹³⁵.

2. Contenuto ed effetti

Per il principio della specialità le informazioni ottenute dalla Svizzera a seguito di assistenza non possono essere usate nello Stato richiedente né a scopo d'indagine né come mezzi di prova in procedimenti vertenti su fatti per i quali l'assistenza è inammissibile. Qualsiasi altro uso sottostà al consenso dell'Ufficio federale di Polizia (art. 67 cpv 1 AIMP).

Tale principio è una condizione essenziale alla quale è subordinata la concessione dell'assistenza, e costituisce perciò per lo Stato richiedente un limite all'utilizzabilità della prova¹³⁶.

Il principio comprende una limitazione assoluta, ed una relativa.

In primo luogo lo Stato richiedente non può utilizzare le informazioni ottenute per reprimere reati militari, politici,

124 FF 1976, II, 447, 464; Boll. uff. Consiglio degli Stati 1977 625; 1980, 216; 1981, 75; Boll. uff. Consiglio Nazionale 1979 852; 1980, 1340.

125 FF 1995, III, 8; in maniera del tutto inattesa la Commissione del Consiglio Nazionale ne ha tuttavia proposto l'abrogazione: Boll. uff. Consiglio Nazionale 1995, 2632.

126 S. HUSY (n. 40), 92 segg., riferita al TAGSU.

127 S. HUSY (n. 40), 94-95.

128 Boll. uff. Consiglio degli Stati 1981, 75; Boll. uff. Consiglio Nazionale 1980, 1341; S. HUSY (n. 40), 87; D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ (n. 40), n. 73a.

129 Così le Direttive UFP (n. 80), 31.

130 S. HUSY (n. 40), 97; con tale valutazione non si fa quindi che applicare rigorosamente il principio della proporzionalità, secondo il quale l'ingerenza della sfera privata deve essere indispensabile, lo scopo non potendo essere raggiunto con altri mezzi, cf. a tal proposito Conseil de l'Europe, Commissions rogatoires (n. 69), 13, n. 17.

131 Boll. uff. Consiglio Nazionale 1995, 2632; argomento che non convince neanche un po': si doveva cambiare la giurisprudenza troppo restrittiva, e non abrogare l'art. 10 AIMP, anche per rispetto del principio della separazione dei poteri

132 Boll. uff. Consiglio degli Stati 1996, 227.

133 H. SCHULTZ, Secret bancaire (n. 7), 45; P. SCHMID/L. FREI/R. WYSS/J.-D. SCHOUWEY (n. 44), 309.

134 DTF 112 Ib 592.

135 DTF 112 Ib 593.

136 Direttive UFP (n. 80), 33; K.-F. NAGEL (n. 55), 315.

fiscali o valutari, per i quali l'assistenza è assolutamente esclusa¹³⁷; ovviamente la distinzione tra reati di diritto comune e reati militari, politici, fiscali o valutari deve essere fatta secondo il diritto svizzero¹³⁸.

Errato sarebbe però pensare che le informazioni ottenute possano essere utilizzate per la repressione di qualsiasi reato di diritto comune¹³⁹. Nel caso in cui le informazioni siano state ottenute con coercizione processuale, le stesse potranno essere utilizzate solo per delle fattispecie per le quali è adempiuto il requisito di doppia incriminazione¹⁴⁰; se così non fosse, verrebbe appunto vanificato il principio della doppia incriminazione¹⁴¹, del quale il principio di specialità è il corollario¹⁴². Per questo motivo le informazioni ricevute sono inutilizzabili, senza previo consenso della Svizzera, in procedimenti sia per fatti menzionati nella domanda ma per i quali non è dato il requisito della doppia incriminazione (e quindi per i quali l'assistenza non è stata concessa), sia per fatti diversi da quelli menzionati¹⁴³. Ci si potrebbe chiedere se il principio di specialità vieti l'utilizzazione delle informazioni (salvo consenso preventivo dell'Ufficio federale di Polizia) nell'ambito di procedimenti fondati sui medesimi fatti, ma diretti contro persone diverse da quelle indicate nella domanda. La questione, per nulla ovvia¹⁴⁴, diventerà comunque priva di oggetto se verrà approvata la recente proposta di revisione dell'AIMP, che prevede appunto che non sia necessario ottenere il previo consenso della Svizzera nell'ambito dell'estensione del procedimento, per gli stessi fatti, a persone inizialmente non menzionate nella domanda¹⁴⁵.

In considerazione di tutto ciò dubito che il testo della condizione di specialità per prassi utilizzato dalle Autorità svizzere, faccia comprendere esattamente il contenuto del principio. Con una formula prestampata viene infatti indicato che i documenti trasmessi e le informazioni ivi contenute possono essere utilizzati soltanto nell'interesse di una procedura penale vertente su un reato di diritto comune¹⁴⁶. Con tale formulazione viene certo escluso un utilizzo in procedure fiscali o per reati doganali o valutari, ma non viene al contrario esclusa la possibilità di utilizzare le informazioni per *fatti diversi* da quelli indicati nella domanda e costitutivi di reati di diritto comune per i quali non è dato il requisito della doppia incriminazione. Tale formula infatti sembra dare il consenso preventivo richiesto dall'art. 67 cpv.1 AIMP per il perseguimento di qualsiasi altro fatto, purché sia un reato di diritto comune¹⁴⁷, dimenticando perciò completamente che lo scopo dell'obbligo del consenso preventivo è di mantenere un controllo sull'utilizzo delle informazioni trasmesse al fine di garantire il rispetto del principio di doppia incriminazione; al contrario, escludendo dall'obbligo del consenso preventivo il perseguimento di ogni altro reato di diritto comune, viene vanificato il principio di doppia incriminazione, permettendo allo Stato estero l'utilizzazione delle informazioni in procedure vertenti su fatti diversi da quelli inizialmente indicati e per i quali, se fossero stati posti sin dall'inizio alla base della domanda, l'assistenza sarebbe stata rifiutata¹⁴⁸. Per fare un esempio, sulla base del tenore letterale della formula citata, l'Italia, che ha ricevuto dalla Svizzera

prove, ottenute con sequestri bancari, in un procedimento per corruzione, potrebbe essere indotta a credere di poterle utilizzare anche in un procedimento per il reato, comune ma non punibile in Svizzera, di illecito finanziamento dei partiti politici¹⁴⁹.

Poiché tutto ciò non può essere compatibile coll'art.67 AIMP, sarebbe auspicabile che la formulazione della condizione di specialità venga rivista; a tal proposito mi sembrerebbe essenziale che la stessa contenga, in ogni caso, l'indicazione dei *fatti* concreti per i quali l'assistenza è concessa¹⁵⁰.

Ma cosa s'intende per divieto di utilizzare?

Innanzitutto s'intende l'utilizzazione diretta per iniziare un procedimento, per fondare decisioni e giudizi o anche solo per indirizzare le indagini in un senso piuttosto che in un altro¹⁵¹; vietata è pure l'utilizzazione come semplice indizio per valutare la credibilità del prevenuto, così come motivo per valutare la colpevolezza o la commisurazione della pena¹⁵².

Risultano però illecite anche tutte le forme di utilizzazione indiretta, ad esempio mediante uso degli atti, verbali o sentenze del procedimento penale per il quale l'assistenza era ammissibile, ove si faccia riferimento alle informazioni

137 DTF 112 Ib 596.

138 DTF 107 Ib 273.

139 Come asserisce L. FREI (n. 113), FJS 67b, 96.

140 E quindi, ad esempio, non per violazioni della legge italiana sul finanziamento dei partiti politici; M. AUBERT/P. A. BEGUIN/P. BERNASCONI/J.G. VON BURG/R. SCHWOB/R. TREULLAUD (n. 11), 477.

141 DTF 112 Ib 596; H. SCHULTZ, *Secret bancaire* (n. 7), 45.

142 T. VOGLER, *Spezialitätsbindung bei der sog. kleinen Rechts-hilfe?*, GA 1986, 199.

143 DTF 112 Ib 596 e 603; 116 Ib 457; C. MARKEES (n. 44), FJS 423c, 4.

144 DTF 112 Ib 603 sembra rispondere positivamente; *contra*: T. BRUN (n. 56), 120.

145 Cf. l'art. 67 cpv. 2 del progetto, FF 1995, III, 52.

146 Direttive UFP (n. 80), allegato III, 44.

147 H. SCHULTZ, *Struttura generale della nuova legge svizzera sull'assistenza internazionale in materia penale*, in *L'assistenza internazionale in materia penale in Svizzera*, Milano, 1983, 26.

148 DTF 112 Ib 596.

149 In realtà ciò non potrebbe avvenire poiché, oltre alla formula citata, la trasmissione di prove all'Italia è, per prassi, accompagnata anche da un'osservazione ad hoc, che vieta l'utilizzo a tal fine: DTF 8 dicembre 1995 (1A. 247/95) in re A. SA, B. Ltd, C. Ltd, D. SA, J, c. 4; tale accorgimento non rende però migliore la formula, poiché presuppone che l'autorità svizzera immagini, al momento della trasmissione delle informazioni, tutte le fattispecie, non indicate nella domanda, per le quali non sarebbe adempiuto il requisito della doppia incriminazione, escludendo esplicitamente l'utilizzazione a tali scopi.

150 Attualmente credo che ciò avvenga unicamente in alcuni casi, cf. ad esempio DTF 118 Ib 561 c. 6b.

151 DTF 106 Ib 271.

152 P. BERNASCONI, *La cooperazione* (n. 50), 181.

provenienti dalla Svizzera¹⁵³, così come l'utilizzo simile dei resoconti del procedimento pubblicati sulla stampa¹⁵⁴.

Ciò significa che, per l'esplicito richiamo al divieto di utilizzare *indirettamente* le informazioni, nel principio della specialità è compresa anche la cosiddetta *inutilizzabilità derivata* (Fernwirkung), per la quale l'inutilizzabilità dell'atto proveniente dalla Svizzera viene comunicata agli atti successivi compiuti nel procedimento estero e sostanzialmente dipendenti dallo stesso¹⁵⁵.

E' vero che in diritto interno svizzero la questione dell'inutilizzabilità derivata non è stata ancora chiarita in maniera univoca né in dottrina né in giurisprudenza. Chi ammette l'inutilizzabilità di una prova derivata da una precedentemente acquisita in maniera illegale, lo fa per evitare che le regole sull'acquisizione delle prove siano così aggirate; chi è dell'opinione contraria invece, si fonda essenzialmente sulla considerazione che bisogna evitare che un'applicazione troppo formalista della procedura penale provochi delle assoluzioni manifestamente contrarie al senso di giustizia¹⁵⁶. In linea di massima, nella questione dell'utilizzabilità delle prove illegali, è stato comunque precisato che di centrale importanza appare la valutazione degli interessi contrapposti, e cioè dell'interesse pubblico dello Stato a scoprire e reprimere i reati, e dell'interesse privato dell'imputato al rispetto dei propri diritti¹⁵⁷. Ora, se nell'ambito di un procedimento penale svizzero per gravi reati detta ponderazione d'interessi viene comprensibilmente risolta in favore dello Stato¹⁵⁸, completamente differente è la situazione nell'ambito dell'assistenza internazionale. In tal caso infatti si contrappongono l'interesse pubblico dello Stato estero a reprimere quelli che ritiene essere gravi reati, all'interesse pubblico della Svizzera ad impedire che il principio di specialità (corollario del principio di doppia incriminazione) venga facilmente aggirato, e quindi impedire che l'assistenza concessa sia utilizzata, contrariamente all'ordine pubblico svizzero, per reprimere una fattispecie che in Svizzera non è neppure considerata reato. Non credo si possa dubitare che, in tal caso, la ponderazione d'interessi sia da risolvere a favore di un rigoroso ed assoluto rispetto del principio di specialità, il che comporta l'inutilizzabilità di qualsiasi prova connessa e derivante dalle informazioni ottenute a mezzo assistenza internazionale.

Per fare un esempio, se l'Autorità richiedente, a seguito delle informazioni ottenute dalla Svizzera, sottopone ad interrogatorio l'imputato sul contenuto di tali informazioni, pure tale interrogatorio sarà coperto dalla specialità, e non potrà quindi essere utilizzato se non per i fatti per i quali è stata concessa assistenza¹⁵⁹.

3. Efficacia del principio

Per (in sé corretta) giurisprudenza del Tribunale federale si deve presumere, in virtù del principio della buona fede tra Stati, che lo Stato estero rispetti il principio di specialità, in particolar modo se è legato alla Svizzera da Convenzione internazionale¹⁶⁰.

Persino il Tribunale federale deve però nutrire qualche dubbio a tal riguardo visto che, in materia di truffa fiscale, esamina con maggiore rigore le domande di assistenza, proprio per evitare che le informazioni trasmesse siano utilizzate per fini per i quali l'assistenza non sarebbe ammissibile¹⁶¹.

Non deve perciò stupire più di tanto il fatto che da più parti sia stato messo in dubbio il rispetto e l'efficacia del principio di specialità¹⁶². Effettivamente, in certi casi sembra molto difficile se non impossibile che il principio venga rispettato dallo Stato estero, ciò che può avvenire anche inconsapevolmente.

Si pensi ad esempio a procedimenti che coinvolgono molte persone e per molte imputazioni connesse, talune per reati di diritto comune ed altre per reati fiscali o per i quali non è dato il requisito della doppia incriminazione. In un'inchiesta vasta come quella italiana denominata "Mani pulite" nell'ambito della quale la maggior parte dei procedimenti è fondata su ipotesi di corruzione, falso in bilancio e finanziamento illecito dei partiti politici, mi sembra poco credibile che le Corti giudicanti possano rigorosamente applicare il principio di specialità, tenendo conto delle prove svizzere per un reato, e dimenticandole per un altro; pretendere che i membri della Corte scindano rigorosamente il proprio cervello in due, mi sembra improbabile non solo per dei giurati popolari¹⁶³ ma anche per dei giudici professionisti. A maggior ragione mi sembra poco credibile che, nella fase predibattimentale di un procedimento per diversi reati connessi, un'Autorità inquirente tenga conto delle informazioni ricevute per rogatoria per uno solo dei reati, senza utilizzarle, anche semplicemente per indirizzare le indagini, per gli altri reati¹⁶⁴.

153 DTF 106 Ib 271; RDAT 1982, 338.

154 P. BERNASCONI, La cooperazione (n. 50), 181.

155 T. VOGLER, Spezialitätsbindung (n. 142), 201.

156 J. BENEDICT (n. 89), 241-242.

157 DTF 109 Ia 246.

158 DTF 120 Ia 320.

159 Cf. l'esempio italiano citato da P. BERNASCONI, La Cooperazione (n. 50), 179 in fondo; né si può obiettare che, con un'eventuale confessione (posteriore all'ottenimento delle informazioni per rogatoria), l'imputato abbia con un atto volontario rinunciato alla riserva di specialità, poichè il principio di specialità protegge gli interessi dello Stato richiesto, e solo indirettamente del prevenuto, con la conseguenza che la rinuncia di quest'ultimo è irrilevante; cf. T. VOGLER, Spezialitätsbindung (n. 142), 196; T. VOGLER/P. WILKITZKI, IRG Kommentar, Heidelberg, 1994, ad art. 72 IRG, n. 10.

160 DTF 118 Ib 561; 110 Ib 395.

161 DTF 116 Ib 103; 115 Ib 78.

162 G. BROGGINI, Irricevibilità della domanda e principio di specialità con particolare riguardo alle infrazioni valutarie, in L'Assistenza internazionale in materia penale in Svizzera, Milano 1983, 74-76; G. BROGGINI, in RDS 1981, II, 579; D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ (n. 40), 70a; P. NEYROUD e L. LEVY, in Etudes suisses de droit européen, vol. 30, Genève 1986, 377 e 382.

163 L. FREI (n. 113), FJS 67b, 97.

164 P. NEYROUD, in RDS 1981, II, 583.

D'altra parte, sempre nel caso di un procedimento ove sono connessi reati di diritto comune e reati per i quali l'assistenza non poteva essere concessa, la procedura del *plea bargaining* del diritto anglosassone, e quindi la procedura del cosiddetto *patteggiamento* del diritto italiano pone problemi evidenti: come si fa ad essere sicuri che l'imputato non abbia accettato il patteggiamento sul reato fiscale o per illecito finanziamento di un partito politico, proprio in ragione delle prove fornite dalla Svizzera per il reato di corruzione? La situazione potrebbe essere più chiara se le procedure per i due tipi di imputazioni fossero assolutamente e rigorosamente distinte sin dall'inizio delle indagini, essendovi altresì distinzione netta tra le prove acquisite in un procedimento e le prove acquisite nell'altro¹⁶⁵, ciò che non mi sembra essere il caso per vaste inchieste come quella di "Mani pulite".

Infine non si può non vedere la difficoltà di verificare l'applicazione del principio nel suo aspetto dell'inutilizzabilità derivata. In un'inchiesta come quella di "Mani pulite", dove sono implicate centinaia di persone che, con le loro deposizioni hanno implicato sempre nuovi personaggi nell'inchiesta, risulta difficile se non impossibile verificare puntualmente se le deposizioni di tali persone siano sostanzialmente connesse e perciò riconducibili ad informazioni provenienti dalla Svizzera a seguito di rogatoria, e coperte perciò dal principio di specialità. In tale procedimento essendovi imputazioni connesse di corruzione, falsità in documenti, ma anche illecito finanziamento dei partiti politici e reati fiscali, è probabile che il principio della specialità non venga concretamente rispettato.

VI. Conclusione

Il diritto al rispetto della sfera personale segreta è un diritto fondamentale garantito non solo dalla Costituzione federale¹⁶⁶, ma anche dall'art. 8 CEDU¹⁶⁷. Il rispetto di tale diritto fondamentale deve essere perciò pienamente garantito anche in una procedura di assistenza giudiziaria internazionale.

Per questi motivi non mi sembra giustificato applicare restrittivamente il divieto della *fishing expedition* rispettivamente la tutela dei terzi non implicati, che sono al contrario due utili strumenti per garantire il rispetto della sfera personale segreta.

Oltre a ciò non mi sembra neppure giustificato che, su diverse questioni, l'Autorità richieda limiti il proprio potere cognitivo, sanzionando ad esempio solo le violazioni manifeste del principio della proporzionalità, o scostandosi dall'esposto dei fatti contenuto nella domanda solo in caso di errori manifesti. Detto limitato potere cognitivo non è desumibile né da obblighi derivanti dalla CEAG, né da una interpretazione dell'AIMP conforme ai diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione federale. Al contrario, riconoscere all'Autorità rogata un pieno potere cognitivo, in particolare laddove vi sia un'ingerenza nel diritto garantito dall'art. 8 CEDU, sarebbe più conforme alle esigenze dell'art. 13 CEDU¹⁶⁸, nonché al principio base dell'assi-

stenza giudiziaria secondo il quale il giudice estero non può ottenere per via di assistenza più di quanto non potrebbe ottenere il giudice nazionale in un procedimento penale interno.

In conclusione, anche considerato che il principio della specialità non sembra atto a garantire pienamente ed in ogni caso il rispetto del principio di doppia incriminazione, sarebbe auspicabile che le domande di assistenza giudiziaria vengano sempre esaminate da parte dell'Autorità richiesta con un paio di occhiali con le lenti "buone". Auspicio che vale a maggior ragione per il futuro, considerato che il progetto di revisione dell'AIMP prevede una drastica riduzione delle facoltà di ricorso degli interessati.

165 L. FREI (n. 113), FJS 67b, 97.

166 M. AUBERT, Relations bancaires et entraide internationale en matière pénale, in Les nouveaux défis au secret bancaire suisse, Lausanne e Bellinzona, 1996, 113.

167 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950; A. HAEF-LIGER, Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993, 201 e segg.; S. BREITENMOSER, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Basel, 1986, 181 segg., 206 segg., 289 segg.

168 Norma che esige la possibilità di un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, e quindi ad un'Autorità dotata di pieno potere cognitivo e tenuta, nella misura del possibile, ad accertare i fatti rilevanti DTF 118 Ib 283; 116 Ib 356, 360; Y. HANGARTNER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK, in AJP/PJA 1994, 10.

Bei der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen kommt dem Bundesgericht immer öfters eine beschränkte Kognition zu. Der Rechtshilferichter ist nämlich durch die Sachverhaltsdarstellung der ersuchenden Behörde gebunden. Andererseits wird die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips nur summarisch geprüft, sodass daher nur offenkundige Verletzungen des Prinzips zur Abweisung eines Rechtshilfesuchs führen können. Schliesslich werden das Verbot der Fishing Expedition und der Schutz der unbeteiligten Dritten mit grosser Zurückhaltung angewendet. Diese Tendenz der Rechtsprechung ist weder vom inländischen noch vom internationalen Recht her gerechtfertigt. Sie ruft eine Ungleichheit zwischen einem schweizerischen und einem ausländischen Richter hervor: Ein ausländischer Richter kann die Grundrechte, die von der Bundesverfassung und von der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert werden, in grösserem Ausmass einschränken als dies ein schweizerischer Richter bei einem inländischen Strafverfahren machen könnte. Auch weil in die Wirksamkeit des Spezialitätsprinzips vielleicht zuviel Vertrauen geschenkt wird und weil mit dem neuen Rechtshilfegesetz die Beschwerdemöglichkeiten der Interessierten sehr beschränkt werden, verdient die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesen Fragen eine Neuüberprüfung.