Legge federale sull’assistenza internazionale in materia penale

Ultima modifica: 21.10.2026

PDF creato il: 21.10.2026

COMMENTARIO ONLINE
IL COMMENTARIO GIURIDICO
IN OPEN ACCESS

INDICE

Art. 1 AIMP 5
Art. 1a AIMP 23
Art. 3 par. 1 e 2 AIMP 31
Art. 8 AIMP 49
Art. 8a AIMP 61
Art. 11b AIMP 71
Art. 16 AIMP 83
Art. 17 AIMP 95
Art. 17a AIMP 115
Art. 32 AIMP 125
Art. 35 AIMP 141
Art. 47 AIMP 177
Art. 48 AIMP 189
Art. 54 AIMP 199
Art. 55a AIMP 211
Art. 56 AIMP 225
Art. 65 AIMP 235
Art. 67 AIMP 253
Art. 67a AIMP 279
Art. 74 AIMP 319
Art. 74a AIMP 333
Art. 80 AIMP 365
Art. 80a AIMP 373
Art. 80b AIMP 383
Art. 80h AIMP 401
Art. 63 AIMP 423
Art. 80c AIMP 445
Art. 80d AIMP 455
Art. 80k AIMP 465

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 1 AIMP

Un commentario di Gaelle Mieli

CITAZIONE SUGGERITA

Gaelle Mieli, Commentario all'art. 1 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Mieli, art. 1 AIMP N. XXX.

Parte prima: Disposizioni generali

Capitolo 1: Campo d'applicazione

Sezione 1: Oggetto e limiti della cooperazione

Art. 1 Oggetto

[1] La presente legge disciplina, in quanto altre leggi o convenzioni internazionali non dispongano altrimenti, tutti i procedimenti della cooperazione internazionale in materia penale, segnatamente:

a. l'estradizione di persone penalmente perseguite o condannate (parte seconda);

b. l'assistenza per un procedimento penale all'estero (parte terza);

c. il perseguimento e la repressione di un reato in via sostitutiva (parte quarta);d.l'esecuzione di decisioni penali straniere (parte quinta).

[2] ...

[3] La presente legge s'applica soltanto alle cause penali in cui il diritto dello Stato richiedente consente di adire il giudice.

[3bis] La presente legge, in quanto altre leggi o convenzioni internazionali non dispongano altrimenti, si applica per analogia ai procedimenti della cooperazione in materia penale con tribunali internazionali o altre istituzioni interstatali o sovranazionali che esercitano funzioni di autorità penali se il procedimento riguarda:

a. reati di cui ai titoli dodicesimo[bis], dodicesimo[ter] o dodicesimo[quater] del Codice penale; o

b. altri reati, quando il tribunale o l'istituzione si fonda su una risoluzione delle Nazioni Unite vincolante per la Svizzera o da questa appoggiata.

[3ter] Il Consiglio federale può inoltre stabilire in un'ordinanza che la presente legge si applica per analogia ai procedimenti della cooperazione in materia penale con altri tribunali internazionali o altre istituzioni interstatali o sovranazionali che esercitano funzioni di autorità penali se:

a. la costituzione del tribunale o dell'istituzione si fonda su una base giuridica che stabilisce chiaramente le competenze del tribunale o dell'istituzione in materia di diritto penale e di procedura penale;

b. la procedura dinanzi al tribunale o all'istituzione garantisce il rispetto dei principi dello Stato di diritto; ec.la cooperazione contribuisce a tutelare gli interessi della Svizzera.

[4] La presente legge non conferisce alcun diritto alla cooperazione in materia penale.

STRUTTURA

I. Aspetti generali 8
II. Ambito di applicazione 9
A. Sostanze coperte (paragrafo 1) 9
1. Estradizione 10
2. Assistenza giudiziaria in senso stretto 11
3. Delega dell'azione penale 11
4. Esecuzione delle decisioni penali 11
B. Natura sussidiaria (paragrafo 1) 12
1. Per quanto riguarda i trattati 12
2. Per quanto riguarda il diritto interno 12
3. Eccezioni 13
a. Principio di favore 13
b. Applicazione complementare 14
C. Cause penali in cui può essere chiamato un giudice (cpv. 3) 14
1. Cause penali 14
2. Possibilità di ricorrere a un giudice 15
D. Cooperazione con le istituzioni penali internazionali 16
1. Cooperazione d'ufficio (paragrafo 3bis) 16
2. Paragrafo 3ter: estensione della cooperazione a determinate istituzioni penali internazionali tramite ordinanza. 18
a. Generale 18
b. Condizioni 19
c. Ordinanze del Consiglio federale 20
III. Natura potestativa (paragrafo 4) 21
Bibliografia 21

I. ASPETTI GENERALI

1 In un mondo sempre più globalizzato, è facile per le persone e le merci spostarsi attraverso le frontiere. Anche i criminali ne traggono vantaggio. Di conseguenza, i procedimenti penali coinvolgono sempre più spesso uno o più elementi stranieri. Per affrontare efficacemente la criminalità, gli Stati devono cooperare tra loro. Il diritto penale, e in particolare l'uso della coercizione, è una competenza sovrana degli Stati. Pertanto, se uno Stato richiede prove o una persona che non si trova sul suo territorio o sotto la sua giurisdizione per portare avanti un procedimento penale sul suo territorio, non può esercitare i suoi poteri di coercizione senza essere assistito dallo Stato sul cui territorio o sotto la cui giurisdizione si trova la persona o l'oggetto ricercato. È quindi necessario stabilire una cooperazione. L'AIMP regola queste procedure. Questa nozione di sovranità territoriale è messa in discussione dalla comparsa di nuovi tipi di prove, in particolare quelle elettroniche, e dalla loro raccolta. L'ubicazione di queste prove è incerta. Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno approvato una legge che concede alle autorità penali americane un accesso extraterritoriale a determinate condizioni. Tuttavia, l'AIMP rimane radicata nelle nozioni tradizionali di sovranità territoriale.

2 L'art. 1 dell'AIMP definisce il campo di applicazione materiale della legge, ossia la cooperazione internazionale in materia penale. Questo comprende tutte le misure, comprese quelle coercitive, che uno Stato può adottare per assistere un altro Stato nei suoi procedimenti penali, in tutte le fasi del procedimento. La cooperazione può avvenire nella fase delle indagini, durante il procedimento, ma anche dopo la sentenza, in particolare per quanto riguarda l'esecuzione delle decisioni.

3 Dalla sua adozione, l'art. 1 dell'AIMP è stato modificato tre volte. La prima è stata quella di separare l'ambito di applicazione dai limiti della cooperazione. A tal fine, l'art. 1 par. 2 dell'AIMP è stato incorporato in un nuovo art. 1a dell'AIMP. La seconda modifica risale al 1° luglio 2002. La LCPI è stata adottata nell'ambito dell'adesione della Svizzera allo Statuto di Roma. L'art. 1 dell'AIMP è stato modificato per dare la precedenza alla LCPI. Infine, l'emendamento del 1° giugno 2021 apre la possibilità di applicare l'AIMP per analogia alla cooperazione con "tribunali internazionali o altre istituzioni interstatali o sovranazionali che esercitano funzioni di autorità penale". Questo punto sarà discusso in dettaglio più avanti.

Nella sua versione attuale, l'art. 1 dell'AIMP contiene cinque paragrafi. Il primo delimita le varie materie coperte dalla cooperazione internazionale in materia penale (cfr. punto II.A.) e specifica la natura sussidiaria dell'AIMP (cfr. punto II.B.). Il paragrafo 2 è stato abrogato, come già detto. Il paragrafo 3 specifica che la legge si applica solo alla materia penale (cfr. punto II.C.). I paragrafi 3bis e 3ter riguardano la cooperazione con le istituzioni penali internazionali (cfr. punto II.D.) e l'ultimo paragrafo ribadisce la natura potenziale dell'AIMP (cfr. punto III.). 4

II. AMBITO DI APPLICAZIONE

A. Sostanze coperte (paragrafo 1)

L'art. 1 par. 1 dell'AIMP specifica che la legge disciplina la cooperazione internazionale in materia penale nel suo complesso. 5

La cooperazione è internazionale nel senso che generalmente coinvolge almeno due Stati. La nozione di Stato è definita dal diritto internazionale pubblico. I criteri utilizzati sono tre: territorio, popolo e governo. Inoltre, il riconoscimento internazionale non è una condizione necessaria perché uno Stato si qualifichi come tale ai sensi del diritto internazionale. Gli Stati il cui status è contestato inviano comunque richieste di cooperazione internazionale in materia penale. La Svizzera collabora con alcuni Stati il cui riconoscimento è contestato da una parte della comunità internazionale. È il caso del Kosovo, riconosciuto dalla Svizzera ma non dall'intera comunità internazionale, con il quale sono stati conclusi due trattati bilaterali. Lo stesso vale per Taiwan (Repubblica di Cina), che non è riconosciuto dalla comunità internazionale nel suo complesso, né dalla Svizzera. Tuttavia, le richieste di assistenza giudiziaria sono state accettate e confermate dal Tribunale federale. Tuttavia, non è possibile concludere accordi internazionali, come i trattati bilaterali, con Stati che la Svizzera non riconosce. La cooperazione è concessa sulla base dell'AIMP. Nel contesto del trasferimento delle persone condannate, ciò può porre particolari problemi, in quanto in genere è necessario un trattato oltre all'AIMP. 6

La cooperazione internazionale in materia penale coinvolge quindi almeno due Stati, ma può anche coinvolgerne di più. Questo può essere il caso di un caso complesso in cui le prove sono disponibili in diversi Stati. In tal caso, saranno emesse diverse richieste tra i vari Stati interessati. Questo vale anche 7

per le squadre investigative comuni, che possono essere composte da più di due Stati. In entrambi i casi, tuttavia, le richieste saranno sempre emesse da uno Stato all'altro. In Svizzera, la creazione di squadre investigative comuni si basa su una richiesta di assistenza giudiziaria (art. 80dter AIMP). Se più Stati partecipano a una squadra investigativa comune, è necessaria una richiesta di assistenza giudiziaria tra la Svizzera e ciascuno Stato partecipante.

8 I recenti sviluppi del diritto internazionale hanno visto la nascita di tribunali penali internazionali e di altre istituzioni penali internazionali istituite da Stati o organizzazioni internazionali sulla base di accordi internazionali o di risoluzioni delle Nazioni Unite. Queste istituzioni penali internazionali hanno una propria personalità giuridica e poteri di azione penale. Tuttavia, non sempre dispongono di servizi investigativi propri, come gli Stati, e non possono operare sul territorio sovrano di uno Stato. Come tali, queste istituzioni dipendono dalla cooperazione di altri Stati e sono portate a richiedere agli Stati la cooperazione internazionale in materia penale. Anche questa cooperazione deve essere considerata internazionale ai sensi dell'AIMP.

9 La cooperazione a cui si riferisce l'AIMP è la cooperazione in materia penale (art. 1 par. 1 e 3 AIMP). Essa deve essere richiesta nell'ambito di questioni penali e non per questioni civili o amministrative. Questo punto sarà discusso più dettagliatamente in seguito (cfr. punto C.).

10 L'art. 1 par. 1 dell'AIMP elenca anche i quattro settori principali disciplinati dall'AIMP, ossia l'estradizione, l'assistenza giudiziaria in senso stretto, la delega dell'azione penale e l'esecuzione di sentenze penali straniere. Questi diversi atti sono disciplinati in dettaglio nelle parti da 2 a 5 dell'AIMP. Questo elenco non è esaustivo e altre aree relative alla cooperazione internazionale in materia penale potrebbero essere incluse nell'ambito di applicazione dell'AIMP in future revisioni di questa legge. Si lascia quindi un certo margine di flessibilità per le future revisioni della legge.

1. Estradizione

11 L'estradizione (art. 32 e segg. dell'IMA) comporta la consegna di una persona fisica da uno Stato a un altro ai fini di un procedimento penale. La persona oggetto di una richiesta di estradizione può essere oggetto di un procedimento penale nello Stato richiedente e sarà quindi estradata ai fini di

tale procedimento. L'estradizione può essere richiesta anche quando una persona è stata condannata in uno Stato ma non ha scontato la pena nello Stato di condanna. La persona sarà quindi estradata ai fini dell'esecuzione della sanzione penale.

2. Assistenza giudiziaria in senso stretto

L'assistenza giudiziaria in senso stretto (art. 63 e seguenti dell'AIMP) si riferisce a tutte le misure che uno Stato adotta per conto di un altro Stato al fine di raccogliere prove utili per il perseguimento di un reato da parte dello Stato richiedente. Ciò include, ad esempio, l'assunzione di prove da parte di testimoni, l'esecuzione di perquisizioni, la trasmissione di documenti rilevanti per il procedimento, il congelamento e la restituzione di beni o la notifica di atti giudiziari. 12

3. Delega dell'azione penale

La delega dell'azione penale (art. 85 e segg. AIMP) si applica alle situazioni in cui i fatti punibili sono stati commessi all'estero ma vengono puniti in Svizzera, o viceversa ai casi in cui il reato è stato commesso in Svizzera ma viene perseguito all'estero. I motivi possono essere, ad esempio, che l'estradizione non è possibile o che la delega del procedimento penale offre migliori possibilità di reinserimento sociale. Lo Stato richiesto procede quindi a perseguire la persona al posto dello Stato in cui sono stati commessi i fatti. L'obiettivo è evitare che una persona che non può essere consegnata attraverso l'estradizione resti impunita, dando così attuazione pratica al principio aut dedere aut judicare. In alcuni casi, promuove anche una migliore riabilitazione sociale, consentendo alla persona perseguita di essere perseguita nello Stato in cui ha più legami. 13

4. Esecuzione delle decisioni penali

Infine, il quarto tipo di procedura disciplinata dall'AIMP è l'esecuzione di decisioni penali straniere (art. 94 e seguenti). Si tratta di uno Stato che esegue sul proprio territorio una sentenza penale emessa da un altro Stato. Si differenzia dall'estradizione per l'esecuzione di una pena in quanto, nel caso dell'estradizione, è lo Stato che ha emesso la decisione a richiedere l'estradizione della persona condannata per scontare la pena nel territorio dello Stato di condanna. Nel caso dell'esecuzione di una sentenza penale, la 14

sentenza è stata emessa dallo Stato di condanna e quest'ultimo chiede l'esecuzione della pena in un altro Stato in cui si trova la persona condannata. L'esecuzione di una sentenza penale può comportare una pena detentiva così come l'esecuzione di una sanzione pecuniaria per la quale non è prevista l'estradizione. L'esecuzione di una pena detentiva sul territorio di un altro Stato ha lo scopo di offrire alla persona condannata una migliore possibilità di riabilitazione sociale.

B. Natura sussidiaria (paragrafo 1)

15 L'EIMP è un diritto sussidiario. L'art. 1, cpv. 1, dell'AIMP lo chiarisce: la legge si applica solo quando non sono applicabili altre leggi o trattati. Ciò è ribadito anche dall'art. 1, par. 3bis dell'AIMP. L'AIMP integra quindi il diritto vigente.

1. Per quanto riguarda i trattati

16 In Svizzera il diritto internazionale prevale sul diritto nazionale e la Svizzera si impegna a rispettare gli impegni internazionali assunti, secondo il principio pacta sunt servanda. I trattati conclusi dalla Svizzera avranno la precedenza sull'AIMP. È il caso, ad esempio, delle convenzioni europee in materia di estradizione e assistenza giudiziaria, delle convenzioni adottate nell'ambito dell'Accordo di Schengen e delle convenzioni delle Nazioni Unite. Pertanto, la disposizione dell'AP II sulle squadre investigative comuni avrà la precedenza su quella dell'EIMP con gli Stati che sono parte di questo protocollo, ad esempio. Questo vale anche per i trattati bilaterali che la Svizzera conclude con altri Stati. Tuttavia, due eccezioni sono menzionate di seguito.

2. Per quanto riguarda il diritto interno

17 Per quanto riguarda il diritto interno, l'applicazione del principio generale lex specialis derogat legi generali prevede generalmente che le leggi speciali prevalgano sulle leggi generali. Ciò significa due cose: in primo luogo, che l'AIMP è una legge speciale rispetto ad altre disposizioni del diritto penale svizzero o della procedura penale che potrebbero disciplinare alcuni aspetti simili e, in secondo luogo, che alcune leggi sono leggi speciali rispetto all'AIMP nei settori che disciplinano.

18 Pertanto, nei procedimenti di assistenza giudiziaria, le disposizioni dell'AIMP devono prevalere sulle norme di altre leggi svizzere più generali, in particolare quelle del Codice penale svizzero o del Codice penale svizzero che regolano

punti applicabili anche all'assistenza giudiziaria. Ad esempio, la qualità di parte o il diritto di appello delle persone coinvolte in un procedimento di assistenza giudiziaria sono disciplinati esclusivamente dall'AIMP.

Questo principio significa anche che le leggi speciali che regolano alcuni settori della cooperazione internazionale in materia penale hanno la precedenza sull'AIMP. Ne sono un esempio la Legge federale sulla condivisione dei beni confiscati, che stabilisce norme specifiche in materia, o la LCPI, che disciplina la cooperazione con la Corte penale internazionale. 19

3. Eccezioni

Due eccezioni a questa sussidiarietà devono essere menzionate. 20

a. Principio di favore

La prima è l'applicazione in Svizzera del principio di favore, che prevede l'applicazione dell'AIMP se è più favorevole alla cooperazione rispetto al diritto internazionale. Questo principio deriva dagli obiettivi della Svizzera nella lotta contro la criminalità. Lo scopo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale è quello di promuovere il perseguimento dei reati, che è importante per la Svizzera. Per questo motivo, l'assistenza internazionale fornisce la più ampia gamma possibile di aiuti. Ciò deriva anche dal fatto che lo scopo di un trattato in questo settore è promuovere l'assistenza reciproca e che sarebbe quindi paradossale concedere un'assistenza reciproca più limitata a uno Stato con cui la Svizzera ha concluso un trattato rispetto a uno Stato con cui coopera solo su base reciproca ai sensi dell'AIMP. Ciò significa, ad esempio, che le revisioni dell'EIMP che prevedono nuove misure possono applicarsi anche agli Stati con cui la Svizzera ha concluso un trattato, anche se il trattato non prevede espressamente tali misure. È il caso delle nuove disposizioni sulle squadre investigative comuni (art. 80dter e seguenti dell'AIMP). Tali disposizioni possono consentire la creazione di una squadra investigativa comune tra la Svizzera e uno Stato con cui ha concluso un trattato, anche se tale possibilità non è direttamente prevista dal trattato. 21

Il principio di favore si applica a meno che non sia specificamente escluso da una legge o da una convenzione. È il caso dell'ICPA, che prevede che "la cooperazione con la Corte si svolge esclusivamente in conformità alle disposizioni della presente legge e dello Statuto". Va inoltre sottolineato che 22

questo principio di favore si applica nei confronti dello Stato, ma che non sarà necessariamente favorevole alla persona destinataria della misura di assistenza giudiziaria.

b. Applicazione complementare

23 La seconda eccezione è l'applicazione complementare dell'IMA a questioni che non sono disciplinate da altre leggi o accordi, sempre a condizione che la cooperazione non sia disciplinata esclusivamente da altri accordi o leggi. I trattati internazionali, ad esempio, non regolano le questioni procedurali, i ricorsi, i termini, ecc. È l'AIMP che si applica.

24 L'applicazione complementare dell'AIMP è inoltre possibile solo se una legge non disciplina esclusivamente un settore. Ad esempio, sebbene la cooperazione con la Corte penale internazionale possa ora rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1 par. 3bis dell'AIMP, essa continuerà ad essere disciplinata esclusivamente dalla LCPI.

C. Cause penali in cui può essere chiamato un giudice (cpv. 3)

25 L'art. 1 cpv. 3 dell'IMA prevede che la cooperazione internazionale in materia penale possa essere concessa solo (1.) in materia penale (2.) in cui sia possibile ricorrere a un giudice.

1. Cause penali

26 L'IMA si applica solo nell'ambito dei procedimenti penali. Pertanto, il procedimento finalizzato alla punizione di un reato deve essere stato avviato o concluso nello Stato richiedente. Il concetto di procedimento penale deve essere interpretato in senso ampio. L'elemento principale è il perseguimento di un reato. Per reato si intende un reato punibile in Svizzera ai sensi del Codice penale svizzero, nonché i reati punibili ai sensi del diritto penale accessorio. Un reato penale deve essere punito con una pena. Le pene che comportano la privazione della libertà sono sanzioni penali per eccellenza, ma anche le altre sanzioni previste dal Codice penale (art. 34 e seguenti del Codice penale) attestano la natura penale di un reato.

27 Il concetto di processo penale può includere procedimenti penali accessori o misure amministrative. Analogamente, la richiesta di assistenza giudiziaria proviene generalmente dalle autorità giudiziarie, ma può talvolta essere

trasmessa dalle autorità amministrative dello Stato richiedente, a condizione che tali autorità amministrative siano competenti ad avviare un procedimento penale.

Affinché un caso sia penale ai sensi dell'EIMP, la persona contro cui è stato avviato il procedimento non deve necessariamente essere stata incriminata. È sufficiente che sia stata aperta un'indagine nei suoi confronti nello Stato richiedente. Tuttavia, tale indagine deve poter essere portata a termine davanti al tribunale competente (si veda il punto 2). 28

Lo Stato deve anche essere competente a perseguire il reato oggetto della richiesta. Lo Stato richiedente può presentare una richiesta di assistenza giudiziaria solo se è esso stesso competente a perseguire il reato oggetto della richiesta. Tuttavia, tale competenza è presunta nella misura in cui l'organizzazione giudiziaria di uno Stato rientra nei suoi poteri sovrani. La Svizzera può esaminare questo punto solo se è evidente che tale giurisdizione manca. 29

2. Possibilità di ricorrere a un giudice

La seconda condizione dell'art. 1 par. 3 dell'EIMP prevede che la persona interessata dal procedimento penale abbia la possibilità di ricorrere a un giudice nello Stato richiedente. Lo scopo di questa condizione è quello di garantire il diritto a un processo equo garantito sia dalla Costituzione federale sia dagli accordi internazionali che la Svizzera ha ratificato. 30

La cooperazione internazionale in materia penale consente allo Stato richiedente di chiedere allo Stato richiesto misure coercitive. Tali misure devono essere sottoposte a controllo giudiziario nell'ambito del procedimento penale avviato. Pertanto, la persona interessata dal procedimento per il quale è richiesta l'assistenza giudiziaria deve avere la possibilità, durante il procedimento, di appellarsi al giudice competente dello Stato richiedente. In genere si tratta di un tribunale penale, anche se in alcuni casi può essere coinvolto un tribunale amministrativo, purché sia competente a comminare sanzioni penali. 31

Infine, l'AIMP prevede solo la possibilità di ricorrere a un giudice. È sufficiente che la persona disponga di tale possibilità in base alla legge applicabile al procedimento avviato nello Stato richiedente, anche se alla fine non se ne avvale. 32

D. Cooperazione con le istituzioni penali internazionali

1. Cooperazione d'ufficio (paragrafo 3bis)

33 Il paragrafo 3bis disciplina la cooperazione d'ufficio con i tribunali penali internazionali o altre istituzioni internazionali, miste o sovranazionali che esercitano funzioni di diritto penale (di seguito: istituzioni penali internazionali), nella misura in cui perseguono gravi crimini di diritto internazionale o si basano su una risoluzione delle Nazioni Unite vincolante per la Svizzera.

34 Le istituzioni penali internazionali comprendono i tribunali penali internazionali come l'ex Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia o l'ex Tribunale penale internazionale per il Ruanda, nonché il Meccanismo internazionale per lo svolgimento delle funzioni residue dei tribunali penali, che svolge le funzioni residue di questi due tribunali o di altri tribunali simili che potrebbero essere creati in futuro. Ciò vale anche per i tribunali o le istituzioni miste, cioè con componenti sia nazionali che internazionali, come le Camere straordinarie nei tribunali della Cambogia, il Tribunale penale speciale della Repubblica Centrafricana o le Camere specializzate in Kosovo (CSK) e la Procura specializzata. Infine, anche le commissioni d'inchiesta istituite dalle Nazioni Unite, come il Meccanismo internazionale imparziale e indipendente per facilitare le indagini sulle più gravi violazioni del diritto internazionale commesse nella Repubblica araba siriana, o dal Consiglio d'Europa, come la Commissione Marty, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, paragrafo 3bis dell'AIMP. La condizione è che queste istituzioni penali internazionali esercitino le funzioni di autorità penali, cioè che indaghino o perseguano i reati.

35 La cooperazione con alcune di queste istituzioni era precedentemente disciplinata dalla Legge federale sulla cooperazione con i tribunali internazionali per il perseguimento di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Tuttavia, alcuni nuovi tribunali o istituzioni non rientravano nel campo di applicazione di questa legge. È il caso, ad esempio, del Tribunale speciale per il Libano, con il quale la cooperazione era impossibile prima dell'emendamento dell'AIMP entrato in vigore il 1° giugno, perché non perseguiva gravi violazioni del diritto internazionale umanitario.

L'art. 1 par. 3bis dell'AIMP prevede che la cooperazione con le istituzioni penali internazionali avvenga automaticamente sulla base dell'AIMP in due casi specifici. Il primo (lettera a)) è se l'istituzione penale internazionale sta indagando o perseguendo gravi violazioni del diritto internazionale. Le gravi violazioni del diritto internazionale a cui si fa riferimento in questo articolo sono reati punibili ai sensi degli articoli 12bis, 12ter o 12quater del Codice penale svizzero, ovvero genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Anche il crimine di aggressione, se recepito nel diritto svizzero, rientrerebbe nella definizione di gravi violazioni del diritto internazionale. Si tratta di crimini che vengono perseguiti dalla Corte penale internazionale. Questi crimini sono così gravi che la cooperazione è richiesta d'ufficio. L'istituzione penale internazionale di cui alla lettera a. non deve essere stata creata dalle Nazioni Unite. Può essere un'istituzione sostenuta o creata da un'altra organizzazione internazionale. 36

Il secondo caso (lettera b.) è la cooperazione con le istituzioni penali internazionali che indagano e perseguono i reati ordinari, cioè i reati previsti dal Codice penale diversi da quelli punibili ai sensi degli articoli 12bis, 12ter o 12quater del Codice penale. L'esempio più noto è il Tribunale speciale per il Libano, istituito da una risoluzione delle Nazioni Unite per perseguire le persone accusate di aver perpetrato l'attacco del 14 febbraio 2005. I reati perseguiti da questa istituzione sono stati atti di terrorismo, crimini e delitti contro la vita e l'integrità fisica delle persone, associazione illecita e omessa dichiarazione di crimini e delitti. In questo caso, la cooperazione è automatica solo se l'istituzione si basa su una risoluzione delle Nazioni Unite vincolante per la Svizzera o è sostenuta dalla Svizzera. Il sostegno della Svizzera viene valutato sulla base delle sue posizioni ufficiali, come il voto, se la risoluzione proviene da un organo in cui la Svizzera ha potuto votare. Se la Svizzera non ha potuto esprimere un parere sulla risoluzione, in particolare perché la risoluzione proviene da un organo in cui non è rappresentata, le sue opinioni ufficiali sono decisive. Per organo in cui la Svizzera non è rappresentata, la legge si riferisce principalmente al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, di cui la Svizzera non è membro. Lo status speciale concesso alle Nazioni Unite deriva dal ruolo multilaterale e addirittura globale di questa organizzazione, nonché dalla sua capacità di adottare risoluzioni vincolanti per i suoi Stati membri. 37

38 Va aggiunto che l'AIMP si applica per analogia alla cooperazione con le istituzioni penali internazionali. Questa legge non è stata modificata nella sua interezza per tenere conto delle caratteristiche specifiche delle istituzioni penali internazionali. È stata redatta in modo da disciplinare la cooperazione tra Stati. Pertanto, l'applicazione per analogia significa che quando la legge utilizza concetti relativi allo Stato, come "interstatale", "Stato richiedente", "Stato richiesto", ecc. Di conseguenza, la giurisprudenza, la dottrina e la prassi sviluppate sulla base dell'AIMP saranno applicabili anche alla cooperazione con le istituzioni penali internazionali. L'applicazione per analogia dell'AIMP alla cooperazione con queste istituzioni consente di concedere l'assistenza giudiziaria in senso stretto a queste istituzioni, ma anche le altre misure previste dall'AIMP, come l'estradizione, la delega del procedimento o l'esecuzione delle decisioni penali.

39 Infine, l'applicazione dell'AIMP alla cooperazione con le istituzioni penali internazionali è anch'essa sussidiaria. Se la cooperazione con tale istituzione è disciplinata da un'altra legge o da un accordo internazionale, l'AIMP non si applicherà (si veda il punto B. per maggiori dettagli sul concetto di sussidiarietà). Pertanto, la cooperazione con la Corte penale internazionale rimane disciplinata esclusivamente dall'ICPA. Gli strumenti internazionali che istituiscono queste istituzioni, se prevedono determinati standard direttamente applicabili alla cooperazione, saranno applicati in via prioritaria anche alla cooperazione con queste istituzioni.

40 Per quanto riguarda la legge federale sulla cooperazione con i tribunali internazionali per il perseguimento di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, il suo campo di applicazione è stato completamente assorbito dall'articolo 1, paragrafo 3bis, dell'AIMP. Di conseguenza, questa legge è stata abrogata con l'entrata in vigore del nuovo articolo.

2. Paragrafo 3ter: estensione della cooperazione a determinate istituzioni penali internazionali tramite ordinanza.

a. Generale

41 Il capoverso 3ter consente al Consiglio federale di estendere per ordinanza il campo di applicazione dell'IMAC ad altre istituzioni penali internazionali, indipendentemente dal tipo di reati perseguiti da tali istituzioni. Al momento

della revisione del 2021, il legislatore ha deciso che l'IMAC dovesse essere in grado di disciplinare la cooperazione internazionale in materia penale con tutte le istituzioni penali internazionali per motivi di semplicità. In effetti, sulla base dell'AIMP si è sviluppata una lunga prassi ed è stata emanata una giurisprudenza dettagliata. L'applicazione di questa legge alla cooperazione con tutte le istituzioni penali internazionali che potrebbero essere create in futuro fornirà risposte alla maggior parte delle domande che potrebbero sorgere.

La delega di giurisdizione prevista dall'art. 1 cpv. 3ter dell'AIMP è simile a quella prevista dalla precedente legge sulla cooperazione con i tribunali internazionali per il perseguimento di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, che ha reso possibile l'applicazione di questa legge alla cooperazione con il Tribunale speciale per la Sierra Leone (SCSL). 42

b. Condizioni

Affinché il Consiglio federale possa emettere un ordine di questo tipo, devono essere soddisfatte tre diverse condizioni cumulative: il tribunale o l'istituzione deve avere una base giuridica che definisca chiaramente le sue competenze in termini di diritto e procedura penale, la procedura davanti al tribunale o all'istituzione deve garantire il rispetto dei principi dello Stato di diritto e la cooperazione deve servire a salvaguardare gli interessi della Svizzera. 43

L'EIMP prevede innanzitutto che l'istituzione penale internazionale interessata dall'ordine sia stata istituita con un atto giuridico che ne definisca i poteri. Sia i poteri sostanziali, ossia i reati perseguiti dall'istituzione penale internazionale, sia i poteri procedurali, ossia le regole che disciplinano lo svolgimento delle indagini, i procedimenti, la nomina dei giudici, ecc. Questo atto deve essere stato adottato attraverso un processo trasparente e conforme ai criteri dello Stato di diritto. Tuttavia, questo processo deriva da un'organizzazione interstatale. I criteri possono non essere gli stessi del diritto interno. 44

In secondo luogo, la procedura davanti all'istituzione penale internazionale deve garantire i principi dello Stato di diritto. Ciò significa che il procedimento deve garantire i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU. Questi includono, in particolare, il diritto a un processo equo, i diritti della difesa, la presunzione di innocenza, le garanzie relative alla detenzione e il divieto di 45

tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti. Pertanto, l'atto costitutivo dell'istituzione deve contenere tali garanzie o fare riferimento a uno strumento che salvaguardi tali diritti nel contesto dei procedimenti che l'istituzione deve condurre.

46 In terzo luogo, la cooperazione con l'istituzione penale internazionale deve contribuire alla salvaguardia degli interessi della Svizzera. In particolare, ciò significa tenere conto degli obiettivi di politica estera stabiliti nella Costituzione e nella strategia di politica estera adottata dal Consiglio federale all'inizio di ogni legislatura. Gli interessi della Svizzera comprendono, ad esempio, il suo impegno per la pace e la sicurezza, che comporta l'investigazione e il perseguimento di gravi crimini di diritto internazionale al fine di combattere l'impunità, nonché l'obiettivo generale di combattere la criminalità transnazionale, che contribuisce alla prosperità della Svizzera, come descritto nella strategia del Consiglio federale.

47 Si potrebbe trattare di istituzioni create al di fuori del quadro delle Nazioni Unite per perseguire i reati ordinari. In effetti, la prima ordinanza adottata dal Consiglio federale riguarda un'istituzione creata dall'Unione europea che, almeno al momento dell'entrata in vigore della presente ordinanza, persegue reati di natura più finanziaria.

c. Ordinanze del Consiglio federale

48 Il Consiglio federale si è avvalso per la prima volta della possibilità prevista dal cpv. 3ter in data 21 gennaio 2011. 3ter per la prima volta il 21 dicembre 2022. Ha adottato l'ordinanza sulla cooperazione con la Procura europea per disciplinare la cooperazione internazionale in materia penale tra le autorità svizzere e questo nuovo organismo. Il messaggio fornisce esempi di altre istituzioni per le quali potrebbe essere adottata un'ordinanza di questo tipo, come il Tribunale dei Khmer Rossi o la Commissione Marty, o anche altre istituzioni penali internazionali già esistenti o che potrebbero essere create in futuro, a seconda delle esigenze delle autorità.

49 L'ordinanza del Consiglio federale si compone semplicemente di due articoli. Il primo stabilisce lo scopo dell'ordinanza e il secondo ne prevede l'entrata in vigore. L'ordinanza del Consiglio federale prevede l'applicazione per analogia dell'AIMP alla cooperazione con questa nuova istituzione. Come già accennato, l'applicazione per analogia consente di riprendere la prassi e la

giurisprudenza esistenti senza apportare modifiche sostanziali all'IMA, poiché i termini relativi al concetto di Stato devono essere interpretati in modo da includere anche le istituzioni penali internazionali.

III. NATURA POTESTATIVA (PARAGRAFO 4)

Il paragrafo 4 costituisce la pietra angolare dell'AIMP, che è una legge potestativa. Esso consente alla Svizzera di cooperare sia con altri Stati sia con le istituzioni penali internazionali incluse nel suo campo di applicazione. Tuttavia, non ne deriva alcun obbligo di cooperazione. In questo senso, non si spinge fino agli accordi internazionali bi- o multilaterali che la Svizzera ha potuto concludere, poiché alcuni di questi accordi prevedono un obbligo di cooperazione. Pertanto, l'AIMP consente alle autorità svizzere di concedere la cooperazione a Stati o istituzioni penali internazionali, ma non permette ad altri Stati o istituzioni penali internazionali con cui la Svizzera non è vincolata da un accordo di richiedere la cooperazione della Svizzera. 50

L'obbligo di cooperazione con alcuni Stati può derivare da accordi internazionali ratificati dalla Svizzera. L'obbligo di cooperazione con determinate istituzioni internazionali può derivare dallo strumento costitutivo dell'istituzione stessa. Ad esempio, alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza che istituiscono tribunali penali internazionali prevedono tale obbligo di cooperazione. Sebbene l'AIMP si applichi alla cooperazione con questi tribunali sulla base del nuovo art. 3bis, l'obbligo di cooperazione deriva dal diritto internazionale applicabile, ossia dalla risoluzione che istituisce l'istituzione, e non dall'AIMP. 51

Il parere espresso riflette l'opinione personale dell' autore e non è vincolante per l'Ufficio federale di giustizia.

BIBLIOGRAFIA

Aufiero Giuseppe, Asile - extradition: de la coordination à l'unification, Bâle 2018.

Besson, Samantha, Droit international public, Berne 2019.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), SRIEL 2019 p. 647 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Hadorn Sandra, Gesetzgebung, forumpoenale 2021 p. 75 ss.

Hurtado Pozo José, Droit pénal - Partie générale, nouvelle édition, Genève/Zurich/Bâle 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, La coopération pénale entre la Suisse et les États membres de l'Union européenne en matière de blanchiment d'argent, Eucrim 2022 p. 45 ss.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020), SRIEL 2021 p. 419 ss.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché du Luxembourg, Bruxelles 2014.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nguyen Quoc Dinh/Daillier Patrick/Pellet Alain, Droit international public, 7e éd., Paris 2002,

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4e éd., Berne 2020.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 5e éd., Zurich 2020.

Shaw Malcolm, International Law, 4e éd., Cambridge 1997.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 1a AIMP

Un commentario di Barbara Kammermann

CITAZIONE SUGGERITA

Barbara Kammermann, Commentario all'art. 1a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Kammermann, art. 1a AIMP N. XXX.

Art. 1*a* Limitazione della cooperazione

La presente legge si applica tenendo conto dei diritti di sovranità, della sicurezza, dell'ordine pubblico e d'altri interessi essenziali della Svizzera.

STRUTTURA

I. Storia delle origini 25
II. Oggetto della norma 25
III. Decisori 25
IV. Ambito di applicazione 26
A. L'ordine pubblico 27
B. Interessi essenziali della Svizzera 28
Bibliografia 29

I. STORIA DELLE ORIGINI

L'art. 1a dell'IMAC è stato inserito dalla legge federale del 4 ottobre 1996 ed è in vigore senza modifiche dal 1° febbraio 1997. In precedenza faceva parte dell'art. 1 cpv. 2 dell'IMAC, vecchia versione. Il trasferimento in un articolo separato è stato fatto per distinguere chiaramente tra l'oggetto della legge e la limitazione della cooperazione internazionale. L'art. 1a dell'IMAC ricalca l'art. 2 lett. b della RUE. 1

II. OGGETTO DELLA NORMA

L'art. 1a IMAC stabilisce che nell'applicazione della legge sull'assistenza giudiziaria si deve tener conto dei diritti sovrani, della sicurezza, dell'ordine pubblico o di altri interessi essenziali della Svizzera. L'art. 1a IMAC non è formulato come un vero e proprio motivo di rifiuto, ma rappresenta una restrizione generale alla cooperazione intergovernativa. La disposizione è formulata in modo molto ampio e stabilisce una riserva politica sull'applicazione della legge sull'assistenza reciproca attraverso l'elemento generale degli interessi essenziali. Il suo scopo è quello di consentire il rifiuto di una cooperazione altrimenti consentita se l'assistenza reciproca potrebbe danneggiare gli interessi menzionati nella disposizione. In termini di contenuto, l'art. 1a IMAC integra i motivi di esclusione e di rifiuto di cui agli artt. 2-5 IMAC. Mentre questi ultimi mirano a proteggere l'individuo, l'art. 1a si concentra sugli interessi della Svizzera. 2

III. DECISORI

A differenza dei motivi di esclusione e di rifiuto, che sono decisi dalle autorità esecutive e sono soggetti a controllo giurisdizionale, l'esistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 1a IMAC è decisa dal DFGP (art. 17 cpv. 1 IMAC). Il Dipartimento può intervenire d'ufficio o essere chiamato a pronunciarsi entro 30 giorni dall'emanazione della sentenza definitiva. La decisione può essere impugnata presso il Consiglio federale (art. 26 IMAC). L'interessato non può sollevare obiezioni che possano essere contestate con le vie legali ordinarie. L'esame dell'art. 1a dell'IMAC si limita a stabilire se la prestazione di assistenza giudiziaria, di per sé ammissibile, debba essere rifiutata perché pregiudicherebbe interessi essenziali della Svizzera. 3

4 Il procedimento dinanzi al DFGP non ha alcun effetto sospensivo sul procedimento di assistenza giudiziaria. In pratica, il DFGP decide sui relativi ricorsi solo dopo che è stato chiarito giuridicamente se e in che misura il trattato e la legge pertinenti consentano altrimenti l'assistenza giudiziaria. Solo i cittadini svizzeri e stranieri residenti in Svizzera e le società con sede o filiali permanenti in Svizzera possono invocare l'art. 1a IMAC.

5 In prima istanza, quindi, le autorità politiche devono decidere se i diritti di sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali della Svizzera ostacolano la cooperazione - si tratta di un atto puramente politico. Tuttavia, ciò non significa che gli interessi essenziali della Svizzera non possano essere presi in considerazione dalle autorità esecutive nell'ambito del loro potere decisionale. Ad esempio, il Tribunale federale ha più volte preso in considerazione la reputazione della Svizzera e l'ha soppesata rispetto ai possibili motivi di rifiuto dell'assistenza giudiziaria. Ad esempio, il Tribunale federale ha stabilito che la rinuncia alla condizione secondo cui la Svizzera fornisce assistenza giudiziaria solo se lo Stato estero fa una dichiarazione di contrasto potrebbe essere nell'interesse della Svizzera, se in questo modo si evita che la Svizzera diventi un paradiso per i reati.

6 L'art. 1a dell'IMAC è raramente applicato nella pratica.

IV. AMBITO DI APPLICAZIONE

7 L'art. 1a IMAC è applicabile a tutte le forme di assistenza giudiziaria disciplinate dalla legge sull'assistenza giudiziaria, ossia all'estradizione e all'assistenza giudiziaria accessoria, nonché al perseguimento e all'esecuzione sostitutiva. I motivi di rifiuto di cui all'art. 1a non sono applicabili se la Svizzera ha concluso con il Paese richiedente un trattato bilaterale o multilaterale di assistenza giudiziaria che non contiene una disposizione corrispondente.

8 Come già detto, la concessione dell'assistenza giudiziaria deve tenere conto dei diritti sovrani, della sicurezza, dell'ordine pubblico o di altri interessi essenziali della Svizzera. Oltre al concetto di interessi essenziali, che costituisce una disposizione generale all'interno dell'art. 1a IMAC, è necessario spiegare in particolare il concetto di ordine pubblico.

A. L'ordine pubblico

Il concetto di ordine pubblico non era previsto nel progetto del Consiglio federale ed è stato inserito dal Consiglio degli Stati. Il suo contenuto non è direttamente comprensibile nel contesto dell'art. 1a dell'IMAC. In alcuni casi, viene equiparato al concetto di ordine pubblico, oppure quest'ultimo è generalmente incluso nel concetto di ordine pubblico dell'art. 1a IMAC. Tuttavia, "ordine pubblico" e "ordine pubblico" sono due termini dal contenuto diverso nella lingua tedesca. Mentre l'ordine pubblico si riferisce solitamente a una proprietà della polizia, l'ordine pubblico comprende le basi dell'ordine giuridico. In francese e in italiano, invece, si usa il termine ordre public o ordine pubblico per entrambi i casi. 9

L'art. 1a ISRG è stato modellato sull'art. 2 lett. b EUR, che utilizza anch'esso il termine ordre public nella versione originale francese, ma "öffentliche Ordnung (ordre public)" nella traduzione tedesca. Con l'art. 2 lett. b dell'UER, dovrebbe essere concessa una riserva ai fondamenti dell'ordinamento giuridico nazionale, per cui almeno l'ordine pubblico nazionale potrebbe essere coperto dal concetto di ordine pubblico. L'ordine pubblico nazionale comprende l'insieme dei principi e degli istituti considerati fondamentali per una società e di conseguenza riconosciuti dalla legge. Questi possono essere di natura materiale o formale. In Svizzera, questi includono in particolare il divieto di punizioni corporali e la pena di morte, e in una certa misura l'adeguatezza delle sanzioni penali e le massime procedurali essenziali. La violazione di questi principi e istituti costituisce una violazione dell'ordine pubblico nazionale, così come gravi carenze nei procedimenti stranieri, come quelle espressamente menzionate nell'art. 2 lett. d IMAC. L'ordine pubblico nazionale descrive quindi la misura in cui il coinvolgimento della Svizzera nell'esecuzione del diritto penale straniero è in contrasto con le concezioni fondamentali dell'ordinamento giuridico svizzero. 10

È indiscutibile che una violazione dell'ordine pubblico nazionale comporti un rifiuto dell'assistenza giudiziaria. Tuttavia, la classificazione ha un significato pratico in quanto determina quale organo si pronuncerà su un'eventuale violazione dell'ordine pubblico. Se le gravi carenze nel procedimento straniero sono considerate una violazione dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 2 lett. d dell'IMAC, le autorità esecutive decidono in merito e la decisione è soggetta a controllo giudiziario. Se invece l'ordine pubblico è 11

oggetto dell'art. 1a IMAC, la decisione spetta al DFGP e, come autorità di ricorso, al Consiglio federale.

12 L'ordine pubblico, come viene usato in tedesco, mira a tutelare i diritti individuali proteggendo la persona interessata da gravi carenze procedurali. Secondo Popp, ad esempio, la questione se una richiesta di estradizione debba essere rifiutata a causa di una minaccia di punizioni corporali è una questione puramente legale che non può dipendere da motivi politici di considerazione, come le relazioni generali con il Paese in questione, le considerazioni di contropartita in altri campi o l'importanza politica interna. Al contrario, l'art. 1a IMAC implica un esercizio di bilanciamento politico che persegue la protezione degli interessi della Svizzera. In altre parole, una violazione dell'ordine pubblico in un caso individuale non deve essere determinata in base all'art. 1a dell'IMAC, ma in base all'art. 2 lett. d dell'IMAC, in base al quale la decisione spetta alle autorità esecutive e quindi è soggetta al controllo giudiziario.

13 Tuttavia, intendere il concetto di ordine pubblico solo come un bene di polizia e parte della sicurezza interna (art. 57 Cost.) è riduttivo. Infine, sono ipotizzabili anche situazioni in cui la violazione sistematica dei diritti fondamentali nello Stato richiedente potrebbe mettere in pericolo l'ordine pubblico in Svizzera. Se il contenuto dell'ordine pubblico nazionale svizzero viene sistematicamente violato nello Stato estero al di là del singolo caso, la concessione dell'assistenza giudiziaria difficilmente sarebbe compatibile con l'ordine pubblico e gli interessi della Svizzera ai sensi dell'art. 1a IMAC.

B. Interessi essenziali della Svizzera

14 Per "interessi essenziali della Svizzera" si intendono interessi cruciali per l'esistenza della Svizzera. Ciò include in particolare la protezione dell'economia svizzera nel suo complesso, che può essere considerata a rischio solo in situazioni particolarmente gravi. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il segreto bancario in quanto tale non può impedire la concessione dell'assistenza giudiziaria. Tuttavia, l'assistenza giudiziaria può essere rifiutata se l'esecuzione della richiesta comprometterebbe virtualmente il segreto bancario o causerebbe svantaggi all'economia svizzera nel suo complesso. La concessione dell'assistenza giudiziaria che si limita a fornire informazioni su determinate relazioni bancarie di alcuni clienti non viola il segreto bancario. Inoltre, secondo il Tribunale federale, anche il

funzionamento della vigilanza internazionale sui servizi finanziari è da annoverare tra gli interessi essenziali della Svizzera.

In linea di principio, non vi è alcuna minaccia per l'economia svizzera nel suo complesso se un'autorità straniera riceve informazioni su beni depositati in Svizzera che potrebbero essere di origine criminale. Questo perché la piazza finanziaria svizzera non deve essere sfruttata a fini criminali. Al contrario, gli interessi essenziali della Svizzera sarebbero compromessi se i valori patrimoniali che possono rappresentare i proventi di un crimine potessero essere investiti in Svizzera senza che le autorità estere possano ottenere informazioni su di essi. In questo senso, anche la considerazione degli interessi essenziali della Svizzera può giocare a favore della cooperazione: L'idea che sia contrario all'interesse nazionale che la Svizzera diventi un rifugio per capitali in fuga o fondi criminali e che ciò danneggi la reputazione della Svizzera può anche essere presa in considerazione a favore dell'assistenza reciproca nell'ambito del margine decisionale a disposizione delle autorità di contrasto. 15

In questo commento, l'autrice fornisce la sua personale valutazione.

BIBLIOGRAFIA

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe - unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale - Précis de droit suisse, Basel 2018.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20.3.1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 421a.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP/EJUS/LTEJUS/TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Basel 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel/Genf/München 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 3 par. 1 e 2 AIMP

Un commentario di Olivier Peter

CITAZIONE SUGGERITA

Olivier Peter, Commentario all'art. 3 par 1 e 2 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Peter, art. 3 AIMP N. XXX.

Art. 3 par 1 e 2 Genere del reato

[1] La domanda è irricevibile se il procedimento verte su un reato che, secondo la concezione svizzera, è di carattere preponderantemente politico, costituisce una violazione degli obblighi militari o di analoghi obblighi o sembra volto contro la difesa nazionale o la forza difensiva dello Stato richiedente.

[2] L'eccezione del carattere politico è comunque improponibile:

a. in caso di genocidio;

b. in caso di crimini contro l'umanità;

c. in caso di crimini di guerra; o

d. se il reato sembra particolarmente riprensibile poiché l'autore, a scopo di estorsione o coazione, ha messo o ha minacciato di mettere in

pericolo la libertà, la vita o l'integrità fisica di persone, segnatamente con il dirottamento di un aeromobile, l'impiego di mezzi di distruzione di massa, lo scatenamento di una catastrofe o una presa d'ostaggio.

STRUTTURA

I. Origine e finalità della norma 34
II. Atti di natura prevalentemente politica 35
A. Nessuna definizione giuridica 35
B. Tipi di reato politico 35
1. Reato politico assoluto 36
2. Reato politico relativo 36
a. Circostanze 37
b. Proporzionalità 38
3. Reato connesso 39
C. Eccezioni alla depoliticizzazione 40
1. Crimini di diritto internazionale 40
2. Terrorismo e altri atti particolarmente riprovevoli 41
a. Volontà di estorsione o coercizione 41
b. Messa in pericolo della vita e dell'incolumità fisica 42
c. Violazione del diritto internazionale umanitario 43
III. Obblighi militari 43
Bibliografia 45

I. ORIGINE E FINALITÀ DELLA NORMA

1 Il perseguimento di reati politici è all'origine delle prime estradizioni e della legislazione di questa procedura di assistenza giudiziaria. Per secoli, la cooperazione internazionale in materia penale, sotto forma di estradizione, ha riguardato principalmente, se non esclusivamente, personaggi politici o persone perseguite per reati politici.

2 Questa prassi ha subito uno stravolgimento nel XIX secolo, quando gli Stati europei hanno cambiato approccio concedendo una "speciale indulgenza" ai "crimini delle persone oneste". Gli studiosi attribuiscono questo cambiamento di paradigma agli effetti della Rivoluzione francese (1789) e al riconoscimento dell'indipendenza del Belgio (1830). La prima volta che i reati politici furono esclusi dall'estradizione fu nel trattato franco-belga del 1834. Il diritto svizzero ha incorporato questa protezione speciale nell'art. 10 della LExtr nel 1892, per poi riprenderla nell'art. 3 cpv. 1 dell'AIMP quando è entrato in vigore nel 1981, estendendo questa protezione a tutti gli atti di assistenza giudiziaria.

3 Il rifiuto della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale per i reati politici è stato successivamente inserito in numerosi strumenti multilaterali vincolanti per la Svizzera, come la Convenzione europea di estradizione e il suo primo protocollo aggiuntivo, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, nonché nei trattati bilaterali conclusi con Algeria, Argentina, Australia, Brasile, Canada, Cile, Colombia, Ecuador, Egitto, Figi, Guyana, India, Kenya, Malawi, Mauritius, Namibia, Nuova Zelanda, Pakistan, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Filippine, Seychelles, Isole Salomone, Tanzania, Uganda, Stati Uniti e Uruguay.

4 La motivazione dell'esclusione della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale non risiede nella necessità di proteggersi dall'autoritarismo o dall'arbitrio di alcuni Stati. L'esclusione dell'estradizione per il perseguimento di reati politici è infatti prevista in numerose convenzioni tra Stati membri del Consiglio d'Europa e/o Stati terzi considerati Stati di diritto. Questa protezione si basa sulla convinzione che, in circostanze eccezionali, qualsiasi Stato possa dover perseguire una persona per reati di natura politica, un'azione penale alla quale gli Stati terzi hanno il dovere di non associarsi. Inoltre, quando si tratta di atti di natura politica che possono essere considerati atti di aggressione contro l'esistenza stessa di uno Stato,

quest'ultimo è al tempo stesso giudice e parte in causa, il che gli impedisce di trattare i fatti con la necessaria imparzialità e di garantire all'individuo un processo equo. Come dice Fiolka, ciò significa non estradare un accusato in uno Stato che "morde come un animale ferito".

Infine, va notato che il divieto di perseguire reati politici non si applica solo agli autori di reati che si trovano in Svizzera e sono ricercati da uno Stato estero, ma anche alle persone perseguite dalle autorità svizzere in procedimenti che richiedono la cooperazione di uno Stato estero. In questi casi, le autorità federali rifiutano di presentare una richiesta di assistenza giudiziaria. 5

II. ATTI DI NATURA PREVALENTEMENTE POLITICA

I reati politici, o atti di natura prevalentemente politica secondo la definizione scelta dal Parlamento, che escludono la cooperazione internazionale in materia penale, non sono definiti nel diritto positivo svizzero o internazionale (A). Questa lacuna è stata oggetto di importanti sviluppi in dottrina e giurisprudenza, che hanno classificato tre tipi di reato politico (B). Il diritto svizzero e quello internazionale hanno poi previsto una serie di eccezioni (C). 6

A. Nessuna definizione giuridica

Né il Parlamento svizzero né i trattati internazionali definiscono cosa si debba intendere per "reato politico", sia in relazione alle procedure di assistenza giudiziaria e di estradizione, sia in relazione al perseguimento dei reati politici da parte dei tribunali nazionali. 7

Questa incertezza lascia alle autorità amministrative e giudiziarie un'ampia discrezionalità nel determinare ciò che considerano politico, il che significa che le decisioni possono essere influenzate da considerazioni che vanno al di là dello stretto quadro giuridico. Di conseguenza, il concetto di reato politico presenta alcune analogie con il margine di discrezionalità concesso alle autorità penali nel determinare l'attenuante del "movente onorevole" (Codice penale 48 I a). 8

B. Tipi di reato politico

In assenza di una definizione giuridica, il concetto di reato politico è stato a lungo oggetto di dibattito tra due teorie principali: da un lato, la teoria 9

oggettivista, che definisce un reato politico sulla base della natura dell'atto riprovevole, ossia in particolare degli elementi costitutivi del reato; dall'altro, la teoria soggettivista, che si concentra sul movente dell'autore.

10 La giurisprudenza federale ha optato per un approccio misto, distinguendo tre diversi tipi di reato politico: i reati politici assoluti (1), i reati politici relativi (2) e i reati connessi ai reati politici (3), che possono tutti rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3 par. 1 AIMP.

1. Reato politico assoluto

11 Un reato politico assoluto, noto anche come reato puramente politico, reato puramente politico o semplicemente reato politico, è un reato diretto esclusivamente contro l'organizzazione istituzionale, politica e giuridica dello Stato. L'intenzione dell'autore è quella di "distruggere, modificare o turbare l'ordine politico in uno o più dei suoi elementi".

12 Secondo la dottrina e la giurisprudenza, questo "scopo" ("Ziel") deve essere menzionato tra gli elementi costitutivi del reato e deve essere esclusivo. Ciò deve risultare dalla classificazione prevista dal diritto svizzero, indipendentemente dalla legge o dalla giurisprudenza dello Stato richiedente.

13 A questo proposito, il termine "scopo speciale" è utilizzato dalla giurisprudenza per indicare una particolare intenzione da parte dell'autore del reato di compiere un'azione futura o di ottenere un determinato risultato. Per ragioni di uniformità e coerenza, il concetto di "scopo" dovrebbe essere preferito a quello di "finalità". Il reato penale puro costituisce quindi un "Absichtsdelikte".

14 I reati politici assoluti comprendono le misure volte al rovesciamento dello Stato, come la sedizione, il colpo di Stato e l'alto tradimento, nonché gli atti di spionaggio o di intelligence politica. Secondo il Ministero pubblico della Confederazione, i reati descritti nei titoli da 13 a 16 del Codice penale devono essere considerati reati politici.

2. Reato politico relativo

15 La seconda categoria riguarda i reati politici relativi, noti anche come reati complessi o reati a sfondo politico.

Secondo una giurisprudenza consolidata, un reato politico relativo è un reato di diritto comune che acquisisce un carattere prevalentemente politico in considerazione delle circostanze in cui è stato commesso, in particolare del movente e dello scopo perseguito. 16

Ciò significa procedere in due fasi, esaminando innanzitutto le circostanze del reato contestato, al fine di determinare se gli elementi politici prevalgono su quelli di diritto comune. Successivamente, sarà necessario esaminare se esiste un adeguato rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. 17

a. Circostanze

Gli elementi politici devono essere esaminati alla luce delle circostanze interne (scopo, movente, ecc.) ed esterne (condotta, modo di agire dell'autore) dell'atto perseguito. 18

Per quanto riguarda le circostanze interne, suggeriamo di esaminare in successione lo scopo dell'atto (finalità) e il motivo che ha spinto l'autore ad agire (movente). 19

Per quanto riguarda lo scopo, è necessario considerare il risultato perseguito dall'autore del reato. La giurisprudenza federale ha indicato in passato che un reato politico è subordinato all'intenzione dell'autore di provocare un cambiamento politico. L'atto in questione "deve sempre essere stato commesso nel contesto di una lotta per o contro il potere" e deve essere "strettamente e direttamente connesso, in modo chiaro e inequivocabile, con l'oggetto di tale lotta". Ciò vale soprattutto per gli atti volti a rovesciare o a impossessarsi in altro modo del potere legislativo o esecutivo. Uno scopo politico deve essere accettato anche per gli atti volti a provocare o influenzare in altro modo i cambiamenti di politica, compresi quelli volti a denunciare la violazione dei diritti fondamentali e a richiederne l'attuazione o a ottenere il riconoscimento di nuovi diritti, senza che i loro autori siano motivati dal desiderio di impadronirsi del potere legislativo o esecutivo. Questo punto di vista sembra essere condiviso dall'Ufficio del Procuratore Generale della Svizzera, che ha riconosciuto che l'invito a non pagare le tasse militari per motivi politici dovrebbe essere classificato come "reato politico". 20

Per quanto riguarda il movente ("Beweggrund"), nel diritto penale questo è definito come "la causa psicologica di una manifestazione di volontà, una 21

causa che rappresenta l'espressione di sentimenti, impulsi o ragionamenti consci o inconsci che hanno un'azione immediata o mediata sull'azione". In altre parole, la prima domanda da porsi è se l'autore del reato fosse "motivato da un'intenzione politica" e poi se questa intenzione abbia esercitato una "influenza predominante sull'atto denunciato". Si tratta di stabilire se l'autore sia stato spinto da convinzioni ideologiche o se, al contrario, l'atto sia stato motivato da un desiderio di arricchimento o di vendetta. In altre parole, si tratta di stabilire se l'atto sia stato motivato da sentimenti altruistici o da altre convinzioni nell'interesse generale, oppure se abbia risposto a un motivo egoistico e a un interesse personale da parte dell'autore.

22 La distinzione tra scopo e movente politico non è sempre netta, poiché questi due elementi spesso coesistono, ma non sempre. Un esempio, tuttavia, è la richiesta di estradizione nei confronti di un mercenario che avrebbe lavorato per rovesciare un governo straniero, agendo con uno scopo politico ma per avidità, cioè senza alcun movente politico. Possono anche verificarsi atti di rappresaglia o vendetta contro persone che hanno tradito un'organizzazione politica o lavorato per un governo deposto, con un movente politico ma senza l'obiettivo di provocare un cambiamento.

23 Per quanto riguarda le circostanze esterne che possono attestare la natura politica dell'atto, sarà necessario esaminare la condotta contestata, in particolare per determinare i mezzi impiegati e l'obiettivo scelto, nonché il legame tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. La questione può essere particolarmente importante quando si tratta di atti di natura artistica, come le esibizioni che possono offendere i sentimenti religiosi, i simboli o l'onore di un Capo di Stato.

b. Proporzionalità

24 Il fatto che un atto sia politicamente preponderante non è una condizione sufficiente per escludere qualsiasi cooperazione internazionale in materia penale. Deve anche esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra la violazione di un bene giuridicamente protetto e lo scopo perseguito dall'autore del reato. Quanto più grave è la violazione dei diritti altrui, in particolare a causa del grado di violenza utilizzato, tanto più sarà necessario dimostrare che lo scopo perseguito non avrebbe potuto essere raggiunto con mezzi meno incisivi. Al contrario, quanto meno gravi sono la violazione e il danno causato, tanto più dovrà essere accettata la natura politica dell'atto.

In questo contesto, la giurisprudenza chiede in particolare di tenere conto del regime politico dello Stato oggetto degli atti contestati, nonché della sua eventuale natura autoritaria. Tra i criteri citati dai giuristi vi è la situazione esistente nello Stato richiedente dal punto di vista politico, legislativo e costituzionale, la sua concezione dei diritti fondamentali e l'indipendenza e l'imparzialità del suo sistema giudiziario. 25

La giurisprudenza di lunga data ritiene che quando lo Stato richiedente "si dà il caso che sia un Paese democratico", l'eccezione del reato politico debba essere accettata in modo restrittivo. A nostro avviso, questo principio deve essere ora qualificato. Come osservato sopra (I.), l'esistenza di un regime "democratico" nel senso liberale del termine non preclude il riconoscimento della natura politica di un reato. Anche uno Stato con istituzioni affidabili che operano generalmente in conformità con lo Stato di diritto può, in casi di urgenza esistenziale, trovarsi di fronte a una situazione di crisi che può giustificare la commissione di reati politici. 26

3. Reato connesso

Per "reato connesso a un reato politico" si intende un atto punibile secondo il diritto comune a cui viene concessa una certa immunità perché commesso parallelamente a un reato politico (assoluto o relativo), generalmente al fine di preparare, facilitare, assicurare o nascondere la commissione di quest'ultimo, o anche per ottenerne successivamente l'immunità. 27

La giurisprudenza e gli autori accademici ritengono che un tale atto non abbia una "componente politica". Altri citano come esempi atti che non hanno un nesso causale diretto con il fine politico perseguito, come rubare armi per preparare un'insurrezione armata o commettere rapine per finanziare attività politiche. D'altra parte, si ammette che il semplice fatto che un reato ordinario sia stato commesso in un determinato contesto politico, abbia avuto un "impatto importante sull'opinione pubblica" e abbia "causato disordini politici", o sia stato commesso da una persona politicamente esposta, non è tale da conferire una protezione speciale all'atto. La conseguenza della vaghezza della definizione è che il reato connesso non viene quasi mai utilizzato nella pratica. 28

A nostro avviso, un reato politico connesso dovrebbe riferirsi a un atto il cui scopo è quello di consentire o facilitare la commissione di un reato politico, 29

assoluto o relativo, ma che è stato commesso da un autore che non ha agito per un motivo politico, ma è stato guidato da altre considerazioni. Ad esempio, l'autore potrebbe aver agito in cambio di un pagamento, come la persona che ha venduto armi o ha accettato di aiutare gli attivisti politici ad attraversare illegalmente un confine, o la persona vicina a un attivista politico ricercato, che fornisce supporto logistico a causa di legami personali e non per il sostegno alla causa. A seconda delle circostanze, una situazione del genere può far sorgere dubbi sull'imparzialità dei tribunali dello Stato richiedente e quindi giustificare il rifiuto di cooperare.

30 D'altro canto, il semplice rischio di rappresaglie da parte delle autorità in seguito alla commissione di un reato di diritto comune non è tale da conferirgli un carattere politico, nemmeno a titolo accessorio. Una situazione del genere dovrebbe essere esaminata alla luce degli articoli 2a e d dell'AIMP.

C. Eccezioni alla depoliticizzazione

31 Il diritto svizzero prevede che un'eccezione alla depoliticizzazione si applichi a determinati atti che, a causa della loro gravità, non possono quindi beneficiare della protezione prevista per i reati politici. È il caso dei reati di diritto internazionale (1) e di alcuni reati "terroristici" (2). Queste eccezioni sono previste anche dal diritto internazionale a cui la Svizzera è vincolata.

32 Applicare l'eccezione di depoliticizzazione non significa negare la natura politica dell'atto contestato, ma privarlo di qualsiasi protezione speciale, trattandolo alla stregua dei reati ordinari.

1. Crimini di diritto internazionale

33 Modificata in seguito alla ratifica dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, la legge svizzera esclude ora la protezione offerta ai reati politici quando costituiscono i crimini più gravi del diritto internazionale, ossia il genocidio (AIMP 3 al. 2 let. a), i crimini contro l'umanità (AIMP 3 al. 3 let. b) e i crimini di guerra (AIMP 3 al. 2 let. c).

34 Il crimine di aggressione non è incluso nell'art. 3 par. 2 dell'AIMP. Questo perché è stato incorporato nello Statuto della Corte penale internazionale in una fase successiva, dopo un lungo dibattito, e perché non è stato recepito nel diritto positivo svizzero. Allo stato attuale, quindi, il crimine di aggressione non è uno di quelli per cui si può rifiutare sistematicamente la classificazione

come reato politico. Diversi interventi parlamentari si occupano di questo tema e sembra probabile che questo reato venga presto inserito nel Codice penale. Se ciò avvenisse, sarebbe coerente rivedere contestualmente l'EIMP, al fine di includere questo reato nell'elenco dei crimini internazionali per i quali il carattere politico non esclude l'estradizione.

2. Terrorismo e altri atti particolarmente riprovevoli

La Svizzera ha ratificato la Convenzione europea per la repressione del terrorismo (CERT), il cui obiettivo è quello di "ridurre la portata dei reati politici come eccezione all'estradizione". 35

Adottando l'esclusione prevista dagli articoli 1 e 2 della CERT, il Parlamento svizzero ha modificato l'art. 3 dell'EIMP per rifiutare l'estradizione. 3 dell'AIMP al fine di rifiutare la protezione prevista per gli atti politici per qualsiasi atto "particolarmente riprovevole perché l'autore, a scopo di coercizione o di estorsione, ha messo o minacciato di mettere in pericolo la vita e l'integrità fisica delle persone, in particolare dirottando un aereo, ricorrendo a metodi di sterminio di massa, provocando una catastrofe o prendendo ostaggi" (art. 3 cpv. 2 lett. d AIMP). Il Parlamento ha scelto di adottare ampiamente i termini utilizzati nell'art. 2 cpv. 1 del CERT, escludendo la protezione politica per alcuni atti, piuttosto che un'esclusione generale di qualsiasi atto definito "terroristico". Questa formulazione riflette la difficoltà di definire il concetto di "terrorismo" in modo tale da evitare che esso comprenda persone che potrebbero essere considerate "combattenti per la libertà". 36

La protezione del reato politico deve essere rifiutata quando sono soddisfatte tre condizioni cumulative: la volontà di esercitare estorsione o coercizione, la messa in pericolo o la minaccia di messa in pericolo e, nel caso di conflitto armato, la violazione del diritto umanitario internazionale. 37

a. Volontà di estorsione o coercizione

Lo scopo dell'atto deve essere "esercitare coercizione o estorsione", in qualità di coautore o complice. 38

Ciò esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 3 par. 2 lett. d il reclutamento di EIMP o le dichiarazioni pubbliche di sostegno a organizzazioni che usano la violenza come mezzo per raggiungere i loro obiettivi politici. Anche la 39

semplice appartenenza a un'organizzazione definita "terroristica" non soddisfa questa condizione.

b. Messa in pericolo della vita e dell'incolumità fisica

40 Solo gli atti di coercizione o di estorsione che mettono in pericolo la vita o l'incolumità fisica o la minaccia di tale pericolo rientrano nel campo di applicazione dell'art. 3 cpv. 2 lett. d AIMP. Su questo punto, il Parlamento svizzero ha respinto la possibilità offerta dal CERT di estendere l'eccezione di depoliticizzazione agli atti di violenza politica diretti esclusivamente contro la libertà degli individui o agli atti contro la proprietà, ma che causano danni collettivi agli individui.

41 Esiste un'eccezione a questo principio nel caso di atti di finanziamento, che non possono essere classificati come reati politici ai sensi della Convenzione per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999.

42 Deve esistere un nesso causale sufficientemente stretto tra la condotta di cui è accusata la persona contro cui si chiede assistenza e la messa in pericolo o la minaccia di mettere in pericolo la vita o l'incolumità fisica. Tale soluzione deriva anche dal rispetto del principio di legalità, che prescrive un'interpretazione estensiva delle norme giuridiche in materia penale nei confronti di un imputato.

43 Nella giurisprudenza svizzera, ciò si è tradotto in decisioni favorevoli all'estradizione di una persona accusata di aver fornito armi ed esplosivi a un'organizzazione separatista di lingua albanese che stava compiendo attentati in Serbia, un sostenitore dell'ETA accusato di aver affittato un alloggio usato come nascondiglio per armi ed esplosivi, utilizzati per compiere attentati, o un membro del Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK) per il suo coinvolgimento nell'omicidio di una "guardia del villaggio" e per aver ordinato personalmente la commissione di attacchi omicidi.

44 Gli atti che non comportano la commissione o la minaccia di un atto violento contro le persone non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 3 par. 2 lett. d AIMP. Tale interpretazione è tanto più necessaria se si considera che non è raro che vengano intentate azioni penali per "terrorismo" per atti relativi all'esercizio di diritti fondamentali, anche all'interno del Consiglio d'Europa. È proprio in questo contesto che la protezione offerta ai reati politici assume il suo pieno significato. L'eccezione di depoliticizzazione per

gli atti di "terrorismo" non dovrebbe quindi applicarsi al sostegno fornito a una persona in fuga che non ha intenzione di commettere atti di violenza, alla pubblicazione di articoli di stampa che fanno riferimento alle attività di organizzazioni illegali, alle azioni che forniscono sostegno materiale e legale a persone detenute per reati di terrorismo o che chiedono il loro rilascio, e alla partecipazione a cerimonie in memoria di membri di un'organizzazione uccisi dalle forze dell'ordine.

c. Violazione del diritto internazionale umanitario

Nel contesto dei conflitti armati, compresi quelli non internazionali, il semplice uso della violenza per raggiungere uno scopo politico, anche contro singoli individui, non può essere classificato come "terrorismo" o come un atto particolarmente riprovevole. Quando l'atto denunciato avviene in un tale contesto, l'eccezione di cui all'art. 3 par. 2 lett. d EIMP si applica solo agli atti che comportano una violazione del diritto internazionale umanitario. 45

III. OBBLIGHI MILITARI

L'articolo 3 dell'AIMP prevede anche un'altra eccezione, meno frequentemente invocata, che esclude qualsiasi estradizione per un atto che costituisca una violazione di obblighi militari o simili, o per atti diretti contro la difesa nazionale o il potere difensivo dello Stato richiedente (AIMP 3 I). 46

La formulazione scelta dal legislatore federale differisce da quella adottata dal Consiglio d'Europa. Quest'ultimo ha scelto una definizione negativa, considerando reati militari quelli che non costituiscono reati di diritto comune (CEExtr 4). La natura sussidiaria dell'AIMP è ribadita all'art. 1 cpv. 1. La giurisprudenza federale stabilisce che in caso di conflitto tra diritto nazionale e diritto dei trattati, il diritto svizzero deve essere interpretato in conformità con il diritto internazionale. Quando la richiesta proviene da uno Stato membro della CEE, si applica quindi la definizione negativa. In tal caso, la cooperazione internazionale è esclusa per un reato che ha elementi costitutivi che derivano esclusivamente da una legge relativa a un obbligo di servizio e che riguarda una condotta che non è punibile, in modo equivalente, secondo il diritto penale generale. Nel caso in cui la richiesta provenga da un Paese terzo, si applicherà la definizione positiva. Riteniamo tuttavia che questa contraddizione debba essere risolta adeguando la formulazione del diritto interno a quella scelta dal Consiglio d'Europa. 47

48 Nel diritto svizzero, i reati prettamente militari sono inclusi nel Codice penale militare. Questi includono il rifiuto di prestare servizio, la diserzione, il tradimento e il servizio in un esercito straniero, così come l'ubriachezza, la mutilazione e la violazione degli obblighi contrattuali militari. Poiché il Parlamento ha scelto di includerli nel Codice penale, lo spionaggio e l'intelligence politica e militare non sono reati militari, ma possono costituire reati politici.

49 La violazione di obblighi simili va intesa principalmente come altri obblighi di servizio. La cooperazione giudiziaria in materia penale è quindi esclusa per le violazioni delle disposizioni sul servizio civile o sulla protezione civile. La questione dell'esclusione della cooperazione per le violazioni della legge sul materiale bellico, riguardante i beni ad uso esclusivamente militare, non è ancora stata decisa ma dovrebbe essere chiarita.

50 Contrariamente a quanto affermato dalla maggioranza dei giuristi, che ribadiscono una giurisprudenza consolidata, l'esclusione è determinata dalla natura dell'atto e non dallo status dell'autore. Un reato militare non è quindi necessariamente un reato puro e semplice ("echte Sonderdelikt"), che può essere commesso solo da un individuo con specifiche caratteristiche oggettive ("intraneus"). Non è quindi decisivo che la persona perseguita sia soggetta a un obbligo militare o simile o che fosse soggetta a tale obbligo al momento del reato, a meno che ciò non costituisca un elemento costitutivo del reato in questione. La questione è particolarmente attuale in un momento in cui le imprese private assumono sempre più spesso compiti militari nel contesto di conflitti nazionali o internazionali.

51 Da un lato, una persona soggetta a un obbligo di servizio può essere estradata, in linea di principio, se il reato imputato rientra nell'ambito del diritto comune. Pertanto, l'omicidio commesso da una persona nell'esercizio del suo dovere di servizio non costituisce un reato militare.

52 D'altra parte, il Codice penale militare prevede espressamente che i "civili" possano essere soggetti al diritto penale militare. I "civili" possono essere perseguiti per la commissione di alcuni reati militari, come la violazione dei doveri militari, la fondazione di un gruppo con lo scopo di minare la disciplina militare, l'ostacolo al servizio militare o l'insulto a un membro delle forze armate. In questo caso, si applicherebbe l'eccezione di cui all'art. 3 dell'AIMP.

In alcuni casi specifici, l'estradizione dovrebbe essere rifiutata anche in 53
applicazione del diritto fondamentale all'obiezione di coscienza, basato sul diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. L'obiettivo è quello di evitare che una persona perseguita venga consegnata a uno Stato in cui, subito dopo aver scontato la pena per un reato ordinario, potrebbe essere costretta a prestare servizio militare pena la privazione della libertà. La persona deve essere in grado di giustificare che la sua opposizione si basa su un conflitto serio e insormontabile tra l'obbligo di prestare servizio nell'esercito e le sue sincere e radicate convinzioni, religiose o di altro tipo. Non tutte le convinzioni sono protette ed è legittimo richiedere alla persona interessata di fornire la prova della serietà delle sue convinzioni.

BIBLIOGRAFIA

Ballot-Squirawski Claire, Les éléments constitutifs : essai sur les composantes de l'infraction, Paris, 2017.

Connelly Alpha, Ireland and the Political Offence: Exception to Extradition, Journal of Law and Society 12 n° 2 1985, p. 153-185.

De Courten Frédérique, Le refus d'extrader *in personam*, Lausanne, Lausanne 2006.

Demay Clémence, Le droit face à la désobéissance civile, Lausanne 2022.

Diena Giulio, Étude sur l'extradition : des réclamations de l'extradé, Revue générale de droit international public, Paris 1905.

Fiolka Gerhard, Politische Delikte : Funktionale Opazität in der Rechtshilfe, dans : Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard, (éds.). Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal : mélanges en l'honneur de Ursula Cassani, Genève 2021.

François, Jean-Pierre-Adrien, Le droit de la paix et l'organisation de la paix, Règles générales du droit de la paix, Académie de droit international, Leiden 1938.

Geoff Gilbert, Aspects of extradition law, Dordrechtet al. 1991 (cité: Extradition law).

Geoff Gilbert, Transnational fugitive offenders in international law : extradition and other mechanisms, La Haye 1998 (cité: Transnational fugitive offenders).

Graven Jean, Contribution à l'étude des origines de l'extradition en Suisse, Revue de droit pénal suisse, 1929 (cité : Extradition en Suisse).

Graven Philippe, L'infraction pénale punissable, 2ème édition, Berne 1995.

Lardy C., Notes historiques sur l'Extradition en Suisse, Zeitschrift für Schweizerischens Recht, Neue Folge, XXXVIII, 1919.

Lepeneuve de Lafon, Des crimes et délits politiques et des infractions connexes d'après les plus récents traités d'extradition, dans : Journal de droit international privé et jurisprudence comparée, 1891.

Lefebvre José, Codifier l'infraction politique ?, dans : La politique ailleurs, Droit et sociétés, Paris 1998.

Lévy-Bruhl Henry, Les délits politiques : recherche d'une définition, Revue française de Sociologie, 1964.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle, 2018.

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Ntono Tsimi Germain, Les principes généraux de l'extradition et la réforme du droit camerounais de l'extradition passive, dans : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2013/3 (N° 3), p. 527-546.

Roten Christian, Extradition, dans : Brägger Benjamin/Vuille Joëlle (éds), Lexique pénitentiaire suisse, Bâle 2016.

Sadoff, David A., Bringing International Fugitives to Justice: Extradition and its Alternatives, Cambridge 2018.

Szabo Denis, Le délit idéologique, dans : Liberté, 1966, vol. 8 (1).

Tarapués Sandino Diego Fernando, El delito político, Bogotá 2019.

Top Sibel, The political offence exception clause to extradition, Bruxelles, 2022.

Tulkens François, La sanction pénale de l'offense à chef d'État : un symbole en voie de disparition. *Who cares ?*, dans : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 132 (2022/4), pp. 915-924.

Tulkens Françoise, Analyse critique de la Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme, dans : Déviance et Société, vol. 3, n° 3 (1979), pp. 229-246.

Van Poecke Thomas/Verbruggen Frank/Yperman Ward, Terrorist offences and international humanitarian law : the armed conflict exclusion clause, dans: International Review of the Red Cross, 916-917 (2022).

Verdussen Edouard, De l'extradition, discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour d'Appel du 16 octobre 1876, Bruxelles 1876.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e édition, Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 8 AIMP

Un commentario di Maha Meier

CITAZIONE SUGGERITA

Maha Meier, Commentario all'art. 8 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Meier, art. 8 AIMP N. XXX.

Art. 8 Reciprocità

[1] Di regola, è dato seguito alla domanda soltanto se lo Stato richiedente concede la reciprocità. L'Ufficio federale di giustizia (UFG) chiede una garanzia di reciprocità qualora le circostanze lo richiedano.

[2] La reciprocità non è in particolare necessaria per le notificazioni o qualora l'esecuzione della domanda:

a. sembri richiesta dalla natura del reato o dalla necessità di lottare contro determinati reati;

b. possa migliorare la situazione della persona perseguita o le probabilità del suo reinserimento sociale; o

c. serva a elucidare un reato diretto contro uno Svizzero.

[3] Il Consiglio federale può, nei limiti della presente legge, garantire la reciprocità ad altri Stati.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 52
II. Contesto storico 52
III. Principio di reciprocità dell'AIMP 53
A. Esigenza di garanzie di reciprocità (cpv. 1) 53
1. Considerazioni generali 53
2. Garanzia di reciprocità 54
3. Ambito di applicazione 55
B. Eccezioni alle garanzie di reciprocità (cpv. 2) 57
Bibliografia 58

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

1 Il principio di reciprocità in materia di assistenza penale internazionale, sancito dall'articolo 8 AIMP, è una condizione per la concessione dell'assistenza. Tuttavia, esso trova applicazione solo in assenza di un accordo o di un trattato di cooperazione internazionale in materia penale tra gli Stati interessati, essendo le richieste di assistenza allora disciplinate esclusivamente dal diritto svizzero e dai principi generali del diritto internazionale pubblico.

2 Il principio di reciprocità può applicarsi in via eccezionale anche nei casi in cui esiste un trattato bilaterale o multilaterale di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, in particolare nei casi in cui il reato oggetto della richiesta di assistenza non è contemplato dal trattato. Pertanto, affinché l'assistenza possa essere concessa al di là del trattato, deve essere garantito il principio di reciprocità. Di conseguenza, un accordo internazionale di assistenza giudiziaria internazionale non osta all'ottenimento di una garanzia per un settore non contemplato da tale accordo.

3 La garanzia del principio di reciprocità non deve essere considerata in una situazione specifica, ma piuttosto come una prassi tra gli Stati che si prestano assistenza reciproca in materia penale. Lo Stato richiesto, che concede l'assistenza in applicazione del principio di reciprocità, si aspetta che lo Stato richiedente gli fornisca la stessa assistenza in una situazione analoga. Il principio di reciprocità può derivare da negoziati convenzionali, da una prassi precedente tra gli Stati o dalla concessione di una garanzia fornita dallo Stato richiedente.

II. CONTESTO STORICO

4 Il principio di reciprocità è una norma generale del diritto internazionale che consente a uno Stato di subordinare il vantaggio concesso a un altro Stato alla garanzia assoluta di ottenere, se del caso, lo stesso vantaggio. Il principio di reciprocità trova in generale il suo fondamento nel diritto internazionale consuetudinario. La condizione di reciprocità è l'espressione della sovranità di uno Stato, che considera la concessione di assistenza ad un altro Stato come un atto politico e non come un atto giuridico. Con l'evoluzione della concezione della sovranità degli Stati e degli obiettivi della politica penale, la condizione di reciprocità tende ad ammorbidirsi, a causa di

un'interpretazione ampia dei motivi di eccezione, derivante da diversi fattori, quali in particolare l'evoluzione della sovranità statale, il rispetto dei diritti umani, lo sviluppo delle convenzioni internazionali o il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie degli altri Stati. Le autorità competenti godono di un ampio potere discrezionale in materia. Il principio di reciprocità può essere oggetto di un calcolo politico; dovrebbe seguire il testo della riga sopra, si tratta quindi di mettere in bilancia la promozione della cooperazione internazionale e la salvaguardia della sovranità, o anche altri interessi sopra menzionati.

Conformemente all'articolo 8 capoverso 1 AIMP, l'assistenza penale è 5
subordinata al rispetto del principio di reciprocità, in particolare in funzione delle circostanze, segnatamente della gravità del reato. La legge prevede tuttavia motivi di deroga alla reciprocità (art. 8 cpv. 2 AIMP): semplice notifica, natura dell'atto commesso o lotta contro determinate forme di reato (lett. a), miglioramento della situazione della persona perseguita o delle sue possibilità di reinserimento sociale (lett. b) e, infine, il chiarimento di un atto diretto contro un cittadino svizzero (lett. c). Solo il Consiglio federale è competente a garantire la reciprocità ad altri Stati (art. 8 cpv. 3 AIMP).

III. PRINCIPIO DI RECIPROCITÀ DELL'AIMP

A. Esigenza di garanzie di reciprocità (cpv. 1)

1. Considerazioni generali

Conformemente all'articolo 8 capoverso 1 AIMP, la Svizzera dà seguito 6
favorevole alla richiesta di assistenza di uno Stato estero solo se quest'ultimo le concede la reciprocità. Si tratta di un principio del diritto internazionale che consente allo Stato richiesto di subordinare la concessione dell'assistenza alla condizione che lo Stato richiedente gli garantisca, se del caso, lo stesso vantaggio, ossia lo stesso tipo di assistenza giudiziaria per gli stessi fini (*do ut des*).

La reciprocità è quindi un principio «essenziale per la concessione 7
dell'assistenza giudiziaria, l'estradizione, la delega di perseguire e l'esecuzione delle decisioni. Di conseguenza, l'assistenza giudiziaria non può essere concessa se lo Stato richiedente non garantisce la reciprocità e non sussiste alcun motivo di deroga ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 AIMP.

8 Il principio di reciprocità svolge un ruolo essenziale, *ma* solo quando la cooperazione si basa sulla legge sull'assistenza giudiziaria (AIMP): infatti, la reciprocità ha un ruolo molto limitato nel caso di convenzioni internazionali di assistenza giudiziaria, poiché queste, in conformità al principio *Pacta sunt servanda* (art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), sono vincolanti per gli Stati parti del trattato, salvo in caso di violazione sostanziale (art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati).

9 Il requisito della reciprocità come condizione preliminare all'assistenza giudiziaria è innanzitutto nell'interesse dello Stato e non della persona interessata dalla richiesta di assistenza. Tuttavia, nel diritto svizzero, quest'ultima può avvalersene quando gioca a suo favore. Per questo motivo, la diminuzione dell'importanza della reciprocità o l'interpretazione ampia delle eccezioni dell'art. 8 cpv. 2 AIMP giocano *di fatto* a suo sfavore, consentendo di estendere il campo di applicazione dell'assistenza giudiziaria.

10 La disposizione dell'art. 8 AIMP riguarda le richieste in entrata, tuttavia la Svizzera conosce per simmetria un sistema equivalente in materia di richieste in uscita, conformemente all'art. 30 cpv. 1 AIMP, il cui tenore è il seguente:

«Le autorità svizzere non possono rivolgere a uno Stato estero una richiesta alla quale non potrebbero dare seguito in virtù della presente legge».

2. Garanzia di reciprocità

11 Come già menzionato, il principio di reciprocità si basa su aspettative reciproche tra gli Stati di concedersi gli stessi vantaggi per gli stessi fini; queste possono derivare da negoziati contrattuali, dalla prassi precedente o da assicurazioni date a tal fine. L'OEIMP precisa che la condizione della reciprocità è soddisfatta anche quando l'assistenza può essere ottenuta dallo Stato straniero senza la partecipazione delle sue autorità (art. 1 OEIMP). Ogni situazione deve essere analizzata per determinare se nel caso specifico sussista o meno la reciprocità.

12 La concessione della reciprocità non pone difficoltà quando lo Stato richiedente ha già accordato alla Svizzera la stessa assistenza che richiede. Quest'ultima può essere definita come un'assistenza il cui scopo e contenuto della cooperazione sono identici, in particolare per quanto riguarda il reato in questione. Pertanto, la reciprocità è presunta nei confronti degli Stati con cui

la Svizzera collabora regolarmente e si basa sul principio della fiducia e della buona fede internazionale.

Nei casi in cui lo Stato richiedente non ha mai concesso un'assistenza simile, è necessario procedere a un'analisi del comportamento dello Stato, tenendo conto della sua legislazione nazionale in materia di assistenza, o più in generale della sua prassi in casi con uno scopo e un contenuto simili con la Svizzera, ma anche, se del caso, con altri Stati. Ne consegue che se lo Stato richiedente concede in generale l'assistenza che ha egli stesso richiesto, la reciprocità è considerata acquisita, mentre se non concede l'assistenza in situazioni analoghe, l'assistenza non deve essere *de facto* rifiutata, ma deve essere subordinata a una dichiarazione di reciprocità. L'Ufficio federale di giustizia (UFG) del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) ha la competenza di valutare se sia opportuno richiedere una dichiarazione di reciprocità, in qualità di autorità centrale. Conformemente al contenuto dell'articolo 8 capoverso 1 *in fine* AIMP, *«l'DFI richiede una garanzia di reciprocità se le circostanze lo esigono»*. Esso dispone quindi di un ampio potere d'apprezzamento in materia. L'UFG è competente a esaminare la validità della garanzia di reciprocità fornita dallo Stato richiedente. Va precisato che tale garanzia deve essere fornita prima che la Svizzera decida in merito alla concessione dell'assistenza giudiziaria, conformemente alle norme ordinarie in materia di garanzie internazionali. In base al principio di fiducia che impronta le relazioni tra Stati, le autorità svizzere non sono tenute a verificare la conformità della dichiarazione di reciprocità alle norme formali del diritto straniero, né la competenza dell'autorità che ha rilasciato tale dichiarazione, salvo in caso di abuso manifesto. In caso di abuso manifesto, le autorità svizzere possono rifiutare di riconoscere la dichiarazione di reciprocità presentata dallo Stato richiedente, il che costituisce un'eccezione al principio di fiducia. Di conseguenza, un caso di abuso manifesto sospende la presunzione di validità delle dichiarazioni statali e ripristina il controllo da parte dell'UFG. In tal caso, l'UFG può rifiutare la garanzia e la concessione dell'assistenza giudiziaria, chiedere chiarimenti o esigere una nuova dichiarazione di reciprocità. 13

3. Ambito di applicazione

Lo Stato richiesto può esigere dallo Stato richiedente una garanzia di reciprocità con la quale quest'ultimo si impegna a concedergli in futuro 14

l'assistenza nella stessa misura e alle stesse condizioni che gli sono state concesse. Con tale garanzia, lo Stato richiedente si impegna a concedere l'assistenza allo Stato richiesto per un periodo determinato. Può farlo sotto forma di garanzia individuale o di garanzie globali.

15 Il campo di applicazione della garanzia deve coprire almeno lo scopo e il contenuto dell'assistenza giudiziaria richiesta: in questo caso si tratta di una garanzia individuale. La garanzia individuale ha la natura giuridica di un atto unilaterale il cui carattere vincolante è attribuito, nel diritto internazionale pubblico, alla tutela della buona fede. Essa è tuttavia subordinata alla concessione dell'assistenza giudiziaria richiesta.

16 È anche possibile che la garanzia copra un intero settore, come ad esempio l'estradizione in generale, ma che sia limitata ad aspetti del reato, come la minaccia di una pena minima: in questo caso si parla di garanzie globali. Le garanzie globali rientrano nell'ambito della reciprocità in senso lato e hanno le caratteristiche di un trattato di diritto internazionale pubblico, costituendo spesso un accordo minimo di assistenza giudiziaria preliminare, che può tuttavia avere una certa durata.

17 La garanzia di reciprocità non è soggetta ad alcuna forma particolare, ma deve comunque essere scritta. Può ad esempio assumere la forma di uno scambio di lettere. Spetta al diritto nazionale dello Stato richiedente determinare chi è competente a concedere la garanzia di reciprocità. In Svizzera, conformemente all'articolo 8 capoverso 3 AIMP, è il Consiglio federale competente a garantire la reciprocità ad altri Stati. L'UFG, in qualità di autorità centrale, ha la competenza di valutare l'opportunità di richiedere una dichiarazione di reciprocità. Concretamente, spetta al settore di direzione dell'assistenza giudiziaria internazionale dell'UFG richiedere una garanzia di reciprocità se le circostanze lo richiedono. Il Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE), in particolare la Direzione del diritto internazionale pubblico (DDIP), può essere consultato se lo giustificano considerazioni politiche o diplomatiche.

18 È evidente che lo Stato richiedente, che accetta di fornire una garanzia di reciprocità, è vincolato da essa solo se lo Stato richiesto la accetta. L'accettazione è preceduta da un esame volto a determinare se la dichiarazione garantisce la reciprocità almeno nella misura della richiesta di assistenza. L'accettazione dipende dalla forma e dal contenuto della

dichiarazione dello Stato richiedente, ma anche dalla sua affidabilità e dal contesto politico.

L'DFI, essendo competente a determinare se una garanzia è necessaria, è anche competente a esaminarla, conformemente all'art. 80p AIMP, e, se del caso, ad accettarla. 19

B. Eccezioni alle garanzie di reciprocità (cpv. 2)

In casi eccezionali, la Svizzera può concedere l'assistenza giudiziaria anche in assenza di reciprocità, conformemente all'art. 8 cpv. 2 AIMP. La reciprocità non è in linea di principio necessaria per le semplici notifiche. Non è necessaria nemmeno quando l'esecuzione della richiesta risponde a un interesse rilevante per il perseguimento penale, è nell'interesse della persona perseguita o serve addirittura a chiarire un atto diretto contro un cittadino svizzero. 20

Spetta all'DFA decidere se la richiesta di assistenza giudiziaria può essere esentata dalla garanzia di reciprocità in quanto rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 8 capoverso 2 AIMP. A tal fine dispone di un ampio potere d'apprezzamento. Il parere della persona interessata dalla richiesta di assistenza ha un peso limitato nella valutazione della reciprocità, poiché tale requisito è innanzitutto nell'interesse dello Stato e non della persona interessata dalla richiesta. La persona interessata non può esigere che venga fornita una garanzia di reciprocità, ma può invocarne l'assenza quando le è favorevole, in particolare per contestare la legittimità dell'assistenza giudiziaria. Non può invece opporsi alla concessione dell'assistenza giudiziaria per il solo motivo che la reciprocità è assicurata ma le sarebbe sfavorevole. 21

La reciprocità non è necessaria quando l'esecuzione della richiesta appare imposta dalla natura dell'atto commesso o dalla necessità di combattere determinate forme di reato, il cui perseguimento risponde a un interesse pubblico internazionale. Tale eccezione riguarda, in particolare, la repressione della criminalità organizzata e dei reati economici, il riciclaggio di denaro e la corruzione, nonché i crimini internazionali. In altri termini, in alcuni casi la Svizzera ha interesse a che l'assistenza giudiziaria sia concessa per determinati reati a causa della loro gravità. Tali reati ledono la pace, la sicurezza o i valori fondamentali della comunità internazionale. Secondo Popp, deve trattarsi di reati che sono oggetto di repressione penale 22

internazionale e devono essere criminalizzati da convenzioni internazionali, come in particolare il genocidio, la discriminazione razziale, la presa di ostaggi, il terrorismo, la schiavitù, la falsificazione di moneta, la tratta di bambini e donne o il riciclaggio di denaro.

23 La reciprocità può essere esclusa anche quando l'esecuzione della richiesta è nell'interesse della persona perseguita o delle sue prospettive di reinserimento. Il miglioramento della situazione della persona perseguita è ipotizzabile solo nell'ambito della piccola assistenza giudiziaria e si limita ai mezzi di prova a discarico. La situazione in cui l'esecuzione della richiesta di assistenza è idonea a migliorare le possibilità di reinserimento sociale della persona perseguita si riferisce all'esecuzione e può estendersi all'estradizione. Essa corrisponde in particolare al contenuto dell'articolo 100 lettera b AIMP, che dispone che:

« L'esecuzione di una decisione penale svizzera può essere delegata a uno Stato straniero se la delega consente di prevedere un migliore reinserimento sociale del condannato o se la Svizzera non può ottenere l'estradizione».

24 Infine, la reciprocità non è necessaria quando l'esecuzione della richiesta ha lo scopo di chiarire un reato commesso contro un cittadino svizzero. Questa categoria di eccezioni può applicarsi alla piccola assistenza giudiziaria e all'estradizione. La disposizione sembra estendersi anche alla repressione dei reati commessi contro persone giuridiche domiciliate in Svizzera. Questa eccezione si basa sulla volontà di proteggere gli interessi fondamentali della Svizzera e dei suoi cittadini, siano essi persone fisiche o giuridiche. Tuttavia, in un contesto internazionale caratterizzato dalla proliferazione dei trattati internazionali di assistenza giudiziaria e dall'affermazione dei principi di cooperazione e riconoscimento reciproco, il ricorso unilaterale all'assistenza senza contropartita potrebbe essere percepito come un indebolimento del principio di reciprocità, pilastro dell'uguaglianza tra gli Stati.

BIBLIOGRAFIA

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l’article 8 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon, Petit Commentaire, Loi sur l’entraide pénale internationale, Bâle 2024

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018

Maeder Stefan, Commentaire de l'article 8 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015

Moreillon Laurent (éd), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004

Popp Peter, Gründzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle/Genève/Munich 2001

Sager Christian, Der Gegenrechtsgrundsatz im Rechtshilferecht – ein alter Zopf?, AJP 2014, p. 224 s.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 8a AIMP

Un commentario di Gaelle Mieli

CITAZIONE SUGGERITA

Gaelle Mieli, Commentario all'art. 8a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Mieli, art. 8a AIMP N. XXX.

Art. 8*a* Accordi bilaterali

Il Consiglio federale può concludere con gli Stati esteri accordi bilaterali sul trasferimento dei condannati, per quanto siano conformi ai principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 21 marzo 1983 sul trasferimento dei condannati.

STRUTTURA

I. Generalità 63
A. Trasferimento di persone condannate 63
B. Basi giuridiche 64
II. Il contesto 65
III. Ambito di applicazione 66
A. Delega di competenza 66
B. Condizioni 67
C. La prassi 69
Bibliografia 69

I. GENERALITÀ

A. Trasferimento di persone condannate

Il trasferimento delle persone condannate è un settore più recente dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, rispetto all'assistenza giudiziaria e all'estradizione. In passato, le sanzioni penali venivano eseguite sul territorio dello Stato che le aveva inflitte, per ragioni di sovranità statale. La crescente facilità di circolazione tra i diversi Stati fa sì che alcune persone commettano reati in uno Stato diverso da quello di nazionalità e/o di residenza e debbano scontare una pena detentiva in un ambiente sconosciuto, lontano dai loro legami familiari e sociali. Tuttavia, l'obiettivo dell'applicazione del diritto penale è anche quello di reintegrare socialmente la persona condannata per un reato una volta scaduta la pena. Tale reinserimento sociale non è possibile o è reso più difficile se la persona sconta la pena all'estero. Inoltre, scontare una pena penale in uno Stato diverso da quello di nazionalità e/o di residenza può comportare una discriminazione nei confronti dei condannati che non parlano la lingua o che possono essere limitati in alcuni modi a scontare la pena, ad esempio a causa di un maggiore rischio di fuga. Il trasferimento delle persone condannate si è quindi sviluppato sulla scena internazionale. 1

Il trasferimento delle persone condannate si riferisce al caso in cui una persona è stata condannata in uno Stato diverso da quello della sua nazionalità e/o residenza, ma verrebbe trasferita in quest'ultimo Stato per scontare la pena detentiva a cui è stata condannata. Tuttavia, la persona condannata non ha il diritto di essere trasferita. Può esprimere il desiderio di essere trasferita sia nello Stato di condanna sia nello Stato di esecuzione, ma sono questi due Stati a decidere sul trasferimento. 2

Lo scopo principale di un trasferimento è umanitario, in quanto consente alla persona condannata di essere meglio reintegrata nella società. L'esecuzione di una pena detentiva nello Stato di cittadinanza e/o di residenza offre migliori prospettive di reinserimento dopo la pena, poiché consente alla persona di mantenere la propria rete familiare e sociale, ad esempio, e solleva lo Stato di condanna dai costi di una persona che, in linea di principio, non dovrebbe rimanere nello Stato di condanna al momento della scarcerazione. Ciò avviene in particolare quando la persona condannata ha perso il permesso di 3

soggiorno a seguito della condanna. L'esecuzione di una pena nel territorio di uno Stato dal quale la persona sarà successivamente espulsa non offre praticamente alcuna possibilità di reinserimento.

B. Basi giuridiche

4 Il trasferimento delle persone condannate è regolato principalmente da accordi internazionali. L'AIMP contiene alcune disposizioni relative all'esecuzione delle decisioni (art. 94 e seguenti). Tuttavia, l'esecuzione delle decisioni riguarda i casi in cui una persona è stata condannata all'estero ma si trova in Svizzera. Il trasferimento delle persone condannate, invece, non è disciplinato in modo dettagliato nell'AIMP. Esso comporta non solo l'esecuzione della decisione, ma anche un cambiamento del luogo di esecuzione della pena e quindi del luogo di residenza della persona condannata. Il trasferimento delle persone condannate contiene quindi elementi sia di esecuzione della pena ai sensi dell'art. 94 e seguenti dell'AIMP sia di estradizione ai sensi dell'art. 32 e seguenti. A causa di questa seconda dimensione, ossia il trasferimento fisico della persona, è importante che i due Stati coinvolti si accordino sulla consegna della persona e sui relativi termini e condizioni, e ciò richiede la conclusione di un accordo internazionale. Il Messaggio del CPT afferma inoltre che i cittadini svizzeri condannati all'estero possono essere trasferiti solo in casi molto limitati sulla base del diritto nazionale. Il trasferimento delle persone condannate richiede quindi di norma un trattato internazionale bilaterale o multilaterale tra la Svizzera e lo Stato di condanna o di esecuzione.

5 La CTPC è il principale strumento svizzero per il trasferimento delle persone condannate. È stata adottata all'inizio degli anni '80, molto più tardi delle convenzioni sull'estradizione e sull'assistenza giudiziaria (adottate alla fine degli anni '50), ed è aperta alla ratifica di Stati non membri del Consiglio d'Europa (di seguito CdE). La Convenzione è stata ampiamente ratificata anche da Stati non membri del Consiglio d'Europa: 23 Stati non membri l'hanno ratificata, portando il numero totale delle ratifiche a 69. La Svizzera ha ratificato la Convenzione il 1° maggio 1988 e sostiene gli Stati non membri che desiderano aderire al CoE. Grazie alla sua ampia ratifica, la CTPC ha acquisito uno status speciale come strumento internazionale più ampiamente ratificato sul trasferimento delle persone condannate. L'Organizzazione degli Stati americani (OSA) ha adottato la Convenzione interamericana

sull'esecuzione delle decisioni pronunciate da giurisdizioni penali straniere. Come la CTPC, è stata adottata nell'ambito di un'organizzazione regionale, ma è aperta alla ratifica anche da parte di Stati che non sono membri dell'organizzazione. Tuttavia, la Svizzera non è parte della Convenzione. Anche il numero di Stati che hanno ratificato lo strumento dell'OSA è minore, con 24 ratifiche. La CTPC è quindi lo standard applicabile in Svizzera per quanto riguarda i trasferimenti.

Anche altri strumenti contengono disposizioni sul trasferimento. Tra questi, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, il cui articolo 17 prevede che gli Stati possano prendere in considerazione la possibilità di concludere accordi bilaterali o multilaterali in materia, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, il cui articolo 45 prevede che gli Stati possano prendere in considerazione la possibilità di concludere accordi bilaterali o multilaterali in materia, e altri strumenti internazionali nei rispettivi campi di applicazione. Tuttavia, le disposizioni di questi strumenti non sono molto dettagliate e incoraggiano gli Stati a concludere trattati bilaterali o multilaterali. Fa eccezione la Convenzione di Lubiana-L'Aia sulla cooperazione internazionale nelle indagini e nel perseguimento dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra e di altri crimini internazionali, adottata il 26 maggio 2023 a Lubiana. Quest'ultimo, non ancora in vigore, contiene un capitolo dettagliato sul trasferimento delle persone condannate (Capitolo V, art. 66 e seguenti). Tuttavia, questo capitolo è ampiamente ispirato ai principi del CTPC. 6

Come già detto, la Svizzera incoraggia generalmente gli Stati ad aderire alla CTCP. Tuttavia, nei casi in cui lo Stato non lo faccia, l'unica possibilità di trasferire all'estero un cittadino svizzero condannato a una lunga pena detentiva è quella di negoziare un accordo bilaterale, poiché le autorità svizzere devono in linea di principio essere vincolate da un trattato con ogni Stato con cui è previsto il trasferimento. Di conseguenza, è stato necessario concludere diversi accordi di trasferimento. 7

II. IL CONTESTO

Dopo la ratifica della CTCP, la Svizzera ha effettuato trasferimenti principalmente sulla base di tale strumento. Tuttavia, considerazioni di carattere umanitario hanno indotto la Svizzera a concludere accordi bilaterali 8

con alcuni Stati per i quali la ratifica del CTPC non era un fattore determinante. Ad esempio, la Svizzera ha concluso un trattato di trasferimento con la Thailandia nel 1997, seguito da un trattato con il Marocco nel 2002.

9 Tuttavia, questi accordi richiedevano l'approvazione dell'Assemblea federale. La procedura parlamentare può essere lunga, poiché l'Assemblea federale deve essere consultata per ogni trattato, anche se il loro contenuto è simile e corrisponde agli standard della CTPC. Tuttavia, il tempo è fondamentale quando si tratta di adottare questi trattati, poiché spesso vengono negoziati sulla base di un caso specifico, come quello di una persona svizzera condannata a una lunga pena detentiva in un Paese in cui le condizioni di detenzione non corrispondono necessariamente agli standard svizzeri. Quanto prima il trattato entra in vigore, tanto prima la persona dovrebbe poter essere trasferita.

10 Per facilitare la procedura ed evitare di coinvolgere ripetutamente l'Assemblea federale nell'accettazione di testi simili sul cui contenuto si è già espressa, è stato adottato l'articolo 8a. Esso consente al Consiglio federale di adottare autonomamente trattati di trasferimento, a condizione che siano basati sulla CTPC. Questo articolo è stato presentato all'Assemblea federale contemporaneamente all'approvazione del trattato con il Marocco. L'art. 8a AIMP è entrato in vigore il 1° novembre 2002.

III. AMBITO DI APPLICAZIONE

11 L'articolo 8a AIMP prevede che il Consiglio federale possa concludere autonomamente trattati bilaterali di trasferimento se tali trattati sono basati sulla CTC. Si tratta di una delega di competenza (A.) che implica il rispetto di varie condizioni (B.).

A. Delega di competenza

12 L'art. 8a AIMP è una disposizione di delega di competenza. Secondo il diritto svizzero, in linea di principio è l'Assemblea federale ad essere competente per l'approvazione dei trattati internazionali (art. 166 cpv. 2 prima parte Cost.). Ciò deriva dal fatto che gli atti legislativi importanti devono essere approvati dal Parlamento e sancisce il principio di legalità. Tuttavia, l'Assemblea federale può delegare questo potere al Consiglio federale mediante una legge o un

trattato (art. 166 cpv. 2 seconda parte Cost.). Questa possibilità di delega è specificata nell'art. 7a LOGA. Essa deve basarsi su una legge o un trattato approvato dall'Assemblea federale ed essere sufficientemente limitata e precisa. È particolarmente comune se i trattati sono, ad esempio, tecnici e simili, per evitare di sovraccaricare il lavoro dell'Assemblea federale. Il Consiglio federale può quindi concludere un trattato, ma solo nel quadro di questa delega di poteri. Se il trattato va oltre quanto consentito dalla delega di competenza, è necessaria l'approvazione dell'Assemblea federale.

Per quanto riguarda il trasferimento delle persone condannate, come già detto, la Svizzera deve, in linea di principio, avere un trattato in vigore per poter trasferire una persona condannata. Se la Svizzera incoraggia gli Stati ad aderire alla CTPC, deve concludere accordi bilaterali con quelli che non vi aderiscono. Ciò potrebbe portare alla conclusione di un gran numero di accordi bilaterali con un contenuto simile a quello della CTPC. Per alleggerire l'Assemblea federale e facilitare l'adozione di tali trattati, è stata proposta una modifica dell'AIMP. È stato aggiunto l'art. 8a dell'AIMP. 13

B. Condizioni

Come previsto dall'art. 166 cpv. 2 Cost. e dall'art. 7a LOGA, l'art. 8a PIM costituisce una norma di delega di competenza. Affinché il Consiglio federale possa concludere un accordo senza l'approvazione dell'Assemblea federale, devono essere soddisfatte diverse condizioni. 14

La prima è che il trattato oggetto di questa disposizione deve essere un trattato bilaterale tra la Svizzera e un altro Stato. I trattati multilaterali restano di competenza dell'Assemblea federale e devono essere approvati da quest'ultima prima di poter essere ratificati dal Consiglio federale. 15

La seconda condizione è che il trattato riguardi il trasferimento delle persone condannate. Le altre materie disciplinate dall'AIMP non sono interessate da questa delega di competenza. Pertanto, i trattati che riguardano l'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, l'estradizione o la delega dell'azione penale restano di competenza dell'Assemblea federale. Anche i trattati relativi all'esecuzione di altre decisioni penali che non comportano il trasferimento di persone condannate, come l'esecuzione di sanzioni finanziarie, devono essere approvati dall'Assemblea federale. 16

17 La terza condizione è che i trattati conclusi dal Consiglio federale si basino sui principi stabiliti dalla CTPC. Come già detto, la CTPC ha un valore particolare in Svizzera e sulla scena internazionale, poiché è uno strumento ampiamente ratificato e al quale la Svizzera ha aderito molti anni fa. Inoltre, il CTPC è stato oggetto di una procedura parlamentare durante la quale l'Assemblea federale ha potuto esprimersi sul suo contenuto e ha accettato la sua ratifica. Di conseguenza, i principi sanciti da questa Convenzione sono stati oggetto di un processo democratico in Svizzera e sono ora parte del diritto svizzero. Poiché l'Assemblea federale è già stata consultata su di essi, una nuova consultazione per ogni trattato che incorpora i principi di questo strumento può essere considerata superflua.

18 Tuttavia, è opportuno sottolineare che solo i principi enunciati nella CTC possono essere inclusi nei trattati che il Consiglio federale è autorizzato a concludere da solo. Se il trattato incorpora principi dei Protocolli aggiuntivi alla CTC, deve essere approvato dall'Assemblea federale. Pertanto, i trattati bilaterali che prevedono un trasferimento "forzato", ossia un trasferimento senza il consenso della persona condannata, come previsto dal Protocollo aggiuntivo alla CTPC, devono essere sottoposti all'Assemblea federale. È il caso del trattato con il Kosovo, concluso nel 2012 e approvato dall'Assemblea federale nel 2013.

19 Infine, il messaggio specifica anche che il trattato non deve essere sottoposto a referendum facoltativo. I trattati sul trasferimento delle persone condannate adottati prima di questa delega di competenza non erano soggetti a referendum (né il trattato con la Thailandia, né quello con il Marocco erano soggetti a referendum, né tantomeno il CTPC). Tuttavia, questi trattati sono stati approvati prima della modifica dell'articolo 141 della Costituzione e dell'aggiunta del paragrafo 3 alla lettera d., che stabilisce che i trattati che contengono disposizioni importanti che stabiliscono norme di legge devono essere sottoposti a referendum. Le disposizioni generali e astratte di applicazione diretta che creano obblighi, conferiscono diritti o attribuiscono poteri sono considerate norme di diritto (art. 22 cpv. 4 LParl). Inoltre, l'Assemblea federale sembra interpretare questa norma in modo restrittivo e richiedere un referendum anche se i trattati sono simili in termini di contenuto. A nostro avviso, i trattati di trasferimento adottati dopo la modifica costituzionale sarebbero soggetti a un referendum facoltativo. È il caso del trattato tra Svizzera e Kosovo, che è stato sottoposto a tale referendum.

Tuttavia, riteniamo che questa condizione non debba essere menzionata, in quanto non è una condizione in sé. Infatti, il referendum facoltativo può essere richiesto solo per gli atti approvati dall'Assemblea federale e lo scopo stesso della delega prevista dall'articolo 8a è che i trattati che rientrano nell'ambito di questa delega di competenza non siano approvati dall'Assemblea federale. Pertanto, non saranno soggetti a referendum facoltativo in virtù dell'articolo 8a dell'AIMP. 20

C. La prassi

Dopo l'entrata in vigore dell'art. 8a PIM, la Svizzera ha concluso diversi trattati bilaterali avvalendosi di questa delega di competenza. Sono stati conclusi accordi con Perù, Paraguay, Repubblica Dominicana, Cuba, Brasile e Barbados. Questi accordi, nella misura in cui si ispirano ai principi della CTCP, sono stati conclusi direttamente dal Consiglio federale senza essere sottoposti all'Assemblea federale. 21

Il trattato con il Kosovo, invece, come già detto, prevede il trasferimento senza il consenso della persona interessata. Esso va oltre il CTPC, poiché incorpora gli standard contenuti nel Protocollo aggiuntivo al CTPC. È stato quindi approvato dall'Assemblea federale in quanto va oltre l'ambito della delega di competenza. 22

Il parere espresso riflette l'opinione personale dell'autore e non è vincolante per l'Ufficio federale di giustizia.

BIBLIOGRAFIA

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2e éd., Zurich 2017.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter, Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Genève/Zurich 2021.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale – Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Bâle 2004.

Nations Unies, Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Transfert des personnes condamnées (article 17 de la Convention contre la criminalité organisée) – Document d'information établi par le Secrétariat, CTOC/COP/WG.3/2022/2 [NU, Transfert de personnes condamnées].

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

OFJ, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, überarbeitet im Mai 2004, JAAC 2004 83 1077.

Peters Anne/Petrig Anna, Völkerrecht - Allgemeiner Teil, 6e éd., Zurich 2023.

Protic Jelena, Commentaire de l'art. 166 Cst, in: Stefan Schlegel / Odile Ammann (édit.), Onlinekommentar de la Constitution fédérale - version: 31.01.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv166 (visité le 16.04.2023).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Berne 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zurich 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 11b AIMP

Un commentario di Elif Askin

CITAZIONE SUGGERITA

Elif Askin, Commentario all'art. 11b AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Askin, art. 11b AIMP N. XXX.

Capitolo 1*b*: Protezione dei dati personali

Art. 11*b* Diritto d'accesso in procedure pendenti

[1] Fintanto che la procedura d'assistenza giudiziaria è pendente, la persona oggetto della domanda di cooperazione internazionale in materia penale ha il diritto di accedere ai dati personali che la concernono nonché alle seguenti informazioni:

a. lo scopo e la base legale del trattamento;

b. la durata di conservazione dei dati personali o, se ciò non è possibile, i criteri per stabilire tale durata;

c. i destinatari o le categorie di destinatari;

d. le informazioni disponibili sulla provenienza dei dati personali;

e. le informazioni necessarie per far valere i suoi diritti.

2 L'autorità competente può rifiutare, limitare o differire l'informazione per uno dei motivi di cui all'articolo 80*b* capoverso 2 o se:

a. lo esigono interessi preponderanti di terzi;

b. lo esige un interesse pubblico preponderante, segnatamente la salvaguardia della sicurezza interna o esterna della Svizzera; o

c. l'informazione dell'interessato rischia di compromettere un'indagine, un'istruzione o un procedimento giudiziario oppure una procedura di cooperazione internazionale in materia penale.

STRUTTURA

I. Storia dell'origine 74
II. Significato dello standard 74
III. Ambito di applicazione dell'Art. 11b AIMP 75
A. Ambito di applicazione del diritto all'informazione (Art. 11b cpv. 1 AIMP) 75
B. Destinatari del diritto all'informazione 76
C. Restrizioni (Art. 11b cpv. 2 AIMP) 78
Bibliografia 80
I Materiali 81

I. STORIA DELL'ORIGINE

1 L'articolo *11b* è entrato in vigore il 1° marzo 2019 come parte del nuovo capitolo *1b* della Legge federale sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (AIMP). Questa disposizione mira a garantire la protezione dei dati personali nei procedimenti di assistenza giudiziaria in corso, sancendo il diritto all'informazione.

2 La disposizione è stata introdotta come parte della revisione totale della Legge federale sulla protezione dei dati (LPD) e implementa i requisiti della Direttiva UE 2016/680 . Con l'attuazione della Direttiva UE 2016/680 e l'introduzione dell'Art. *11b* nell'AIMP, la Confederazione utilizza i suoi poteri legislativi, poiché la cooperazione intergovernativa in materia penale è disciplinata dal diritto federale.

II. SIGNIFICATO DELLO STANDARD

3 La LPD non si applica ai procedimenti internazionali di assistenza giudiziaria in materia penale. Il trattamento dei dati personali in questi procedimenti di assistenza giudiziaria rientra nell'ambito di applicazione dello strumento giuridico europeo. L'Art. *11b* dell'AIMP regola il diritto all'informazione nel contesto dei procedimenti di assistenza giudiziaria in corso e quindi implementa i requisiti degli Artt. 14 e 18 della Direttiva UE 2016/680, che sono rilevanti anche per la Svizzera a causa della cooperazione Schengen.

4 L'Art. *11b* AIMP è un diritto speciale all'informazione nel contesto di un procedimento di assistenza giudiziaria in corso che prevale su altre disposizioni procedurali. In particolare, è esclusa l'applicazione delle disposizioni del Codice di procedura penale svizzero (CPP) sul trattamento dei dati.

5 L'applicazione dell'Art. *11b* AIMP non è limitata alle autorità federali come il Ministero pubblico della Confederazione o l'Ufficio federale di giustizia. La disposizione si applica a tutte le autorità, comprese le autorità cantonali, che sono coinvolte nel sostegno di procedimenti di assistenza giudiziaria o che decidono in merito a richieste straniere di assistenza giudiziaria.

III. AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. *11B* AIMP

A. Ambito di applicazione del diritto all'informazione (Art. *11b* cpv. 1 AIMP)

L'Art. *11b* AIMP serve fondamentalmente a trovare un equilibrio tra i diritti procedurali e la protezione dei dati. In particolare, la disposizione tiene conto della necessità di norme speciali sulla protezione dei dati per proteggere i dati personali durante i procedimenti di assistenza giudiziaria in corso. Il diritto all'informazione di cui all'Art. *11b* AIMP consente alle persone richiedenti di ottenere trasparenza sul trattamento dei loro dati personali da parte delle autorità. 6

La disposizione garantisce alla persona nei confronti della quale viene presentata una richiesta di cooperazione intergovernativa in materia penale il diritto di accedere ai propri dati personali e alle informazioni elencate nell'Art. *11b* cpv. 1 lett. a-e dell'AIMP. Allo stesso tempo, le autorità competenti che trattano i dati personali nel contesto dei procedimenti di assistenza giudiziaria sono soggette ai corrispondenti obblighi di informazione. 7

Di conseguenza, la persona interessata ha il diritto di accedere ai dati personali che la riguardano. Ai sensi dell'Art. 5 lit. a LPD, ciò include "tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile" e tutte le informazioni elencate in modo esaustivo nell'Art. *11b* cpv. 1 lit. a-e AIMP. 8

Ai sensi dell'Art. *11b* cpv. 1 AIMP, l'interessato ha il diritto di ottenere informazioni sul trattamento dei suoi dati personali. Questo include inizialmente il diritto di conoscere lo scopo e la base giuridica del trattamento. Il trattamento dei dati comprende tutte le operazioni relative ai dati personali, indipendentemente dai mezzi e dalle procedure utilizzate, in particolare la raccolta, l'archiviazione, la conservazione, l'uso, la modifica, la divulgazione, l'archiviazione, la cancellazione o la distruzione dei dati. L'interessato ha anche il diritto di conoscere la durata della conservazione dei suoi dati o, se ciò non è possibile, almeno i criteri per determinare tale durata. Inoltre, l'autorità competente può fornirle informazioni sui destinatari o sulle categorie di destinatari dei suoi dati personali e le informazioni disponibili sull'origine di questi dati. Infine, l'interessato ha il diritto di accedere alle informazioni necessarie per l'esercizio effettivo dei suoi diritti. Ciò significa, 9

tra l'altro, che l'autorità competente deve informare l'interessato che le sue richieste di protezione dei dati sono valutate nel contesto di un procedimento di assistenza legale reciproca in corso e sono soggette agli stessi rimedi legali.

10 Una persona nei confronti della quale è stata presentata una richiesta di cooperazione intergovernativa in materia penale può opporsi al trattamento illegale dei suoi dati personali ai sensi dell'Art. *11d* AIMP. Può chiedere alle autorità competenti di rettificare o cancellare i dati personali trattati illegalmente, in conformità alle disposizioni dell'AIMP. Tuttavia, la cancellazione dei dati personali è soggetta ad eccezioni ai sensi dell'Art. *11d* cpv. 2 AIMP. In alcuni casi, i dati personali non possono essere cancellati, ma solo "limitati" nel loro trattamento. Ciò significa che i dati non vengono cancellati completamente, ma l'accesso e l'elaborazione sono limitati.

B. Destinatari del diritto all'informazione

11 Ai sensi dell'Art. *11b c*pv. 1 AIMP, il diritto all'informazione si differenzia da quello previsto dagli Artt. 14 e 16 della Direttiva UE 2016/680, in quanto solo la "persona nei confronti della quale viene presentata una richiesta di cooperazione intergovernativa" e non la "persona interessata" ha diritto all'informazione.

12 A differenza della disposizione di cui all'Art. *11b c*pv. 1 AIMP, la Direttiva UE 2016/680 presuppone che il trattamento dei dati personali nei procedimenti di assistenza legale reciproca riguardi potenzialmente diverse categorie di persone che potrebbero avere diritto all'accesso. Di conseguenza, secondo la Direttiva UE 2016/680, tutti i "soggetti interessati" dovrebbero avere il diritto di accesso, in particolare gli indagati, i condannati, le vittime e altre parti come i testimoni, le persone con informazioni rilevanti o le persone in contatto o associate agli indagati o ai condannati.

13 Tuttavia, dall'Art. *11b* AIMP si evince che solo le persone contro cui è diretta una richiesta di assistenza giudiziaria sono autorizzate a fornire informazioni. Ciò dimostra che il legislatore svizzero ha evidentemente voluto limitare il gruppo di persone autorizzate a ricevere informazioni ad un gruppo ristretto di persone autorizzate - simile all'ammissibilità all'appello nell'AIMP - contrariamente ai requisiti della Direttiva UE 2016/680.

14 La disposizione dell'Art. *11b* cpv. 1 dell'AIMP, secondo cui solo le persone contro cui è diretta la richiesta di assistenza giudiziaria hanno diritto

all'informazione, contraddice anche altre disposizioni sulla protezione dei dati dell'AIMP. In particolare, viola la disposizione di autorizzazione di cui all'Art. *11h* cpv. 2 lit. a dell'AIMP, emanata in attuazione dell'Art. 6 della Direttiva UE 2016/680. Tale disposizione richiede alle autorità competenti di distinguere tra le persone che hanno richiesto l'assistenza legale reciproca e le persone che hanno diritto a ricevere informazioni. Questa disposizione richiede alle autorità competenti di distinguere tra diverse categorie di persone nel trattamento dei dati personali.

Anche il diritto all'informazione ai sensi dell'Art. *11b* AIMP viene gestito in modo più restrittivo rispetto ai procedimenti penali nazionali. Secondo l'Art. 97 del Codice di Procedura Penale, non solo le "parti" di un procedimento penale in corso, ma anche le "altre parti del procedimento" hanno il diritto di ricevere informazioni sui dati personali che le riguardano. Queste parti del procedimento comprendono le persone danneggiate, le persone che presentano una denuncia, i testimoni, le persone che forniscono informazioni, i periti o i terzi danneggiati dal procedimento. Al contrario, le persone che non appartengono a nessuna di queste categorie non hanno diritto all'informazione ai sensi dell'Art. 97 del Codice di Procedura Penale, anche se i loro dati personali sono trattati in un procedimento penale in corso. 15

Dal punto di vista dei diritti fondamentali e dei diritti umani, la regolamentazione restrittiva delle persone aventi diritto all'informazione ai sensi dell'Art. 11b*AIMP* significa che alle persone i cui diritti ai sensi dell'Art. 13 cpv. 2 Cost. e dell'Art. 8 CEDU sono interessati, viene negato il diritto all'informazione nei procedimenti di assistenza legale. Ad esempio, i testimoni o i terzi danneggiati dal procedimento non hanno diritto all'informazione ai sensi dell'Art. 11b cpv.1 AIMP, anche se i loro dati personali sono contenuti nei fascicoli del caso. Sebbene l'Art. 8 cpv. 1 CEDU non preveda un diritto esplicito all'informazione per le persone, la mancanza di protezione legale nell'area della protezione dei dati può portare a una violazione del diritto a un rimedio efficace ai sensi dell'Art. 13 CEDU. 16

Il diritto all'informazione nel contesto dei procedimenti di assistenza giudiziaria in corso ai sensi dell'Art. 11b AIMP è quindi più restrittivo rispetto alle disposizioni svizzere ed europee in materia. Questo contraddice l'obiettivo e lo scopo dell'Art. *11b* AIMP, che deve essere interpretato come una disposizione sulla protezione dei dati ai sensi della Direttiva UE 2016/680. La letteratura è quindi del parere che si debba evitare un'interpretazione 17

eccessivamente restrittiva e che alle persone coinvolte in procedimenti di assistenza giudiziaria in corso debba essere concesso l'accesso ai dati personali che le riguardano. In una sentenza sul trasferimento di documenti rilasciati da avvocati, il Tribunale federale ha anche sottolineato che possono esserci delle eccezioni in relazione alle disposizioni sulla protezione dei dati personali (art. *11b* e seguenti dell'AIMP).

C. Restrizioni (Art. *11b* cpv. 2 AIMP)

18 Il diritto all'informazione ai sensi dell'Art. *11b* cpv. 1 AIMP non è assoluto. I possibili motivi per limitare il diritto all'informazione sono ampiamente definiti nella disposizione. Ai sensi dell'Art. *11b* cpv. 2 AIMP, l'autorità competente può rifiutare, limitare o rinviare la fornitura di informazioni se sussistono i motivi di cui all'Art. *80b* cpv. 2 AIMP o se è soddisfatta una delle condizioni di cui all'Art. *11b* cpv. 2 lit. a-c AIMP.

19 Ai sensi dell'Art. 11b cpv. 2 lett. a-c AIMP, il diritto all'informazione delle persone interessate può essere limitato se lo richiedono interessi prevalenti di terzi (lett. a) o interessi pubblici prevalenti, in particolare per quanto riguarda la sicurezza interna o esterna della Svizzera (lett. b). Inoltre, il diritto all'informazione può essere limitato se la divulgazione dei dati personali può compromettere un'indagine, un'inchiesta, un procedimento giudiziario o un procedimento internazionale di assistenza legale reciproca (lett. c).

20 L'elenco di cui all'Art. *11b* cpv. 2 AIMP non è esaustivo. In singoli casi, l'autorità può basarsi su ulteriori motivi per limitare il diritto all'informazione nei procedimenti di assistenza giudiziaria in corso.

21 Oltre ai motivi di restrizione elencati nell'Art. *11b* cpv. 2 lett. a-c AIMP, i motivi elencati nell'Art. *80b* cpv. 2 lett. a-e AIMP si applicano anche al diritto all'informazione. Di conseguenza, il diritto all'informazione può essere limitato se ciò è nell'interesse di un procedimento estero (lit. a). Ciò si applica in particolare ai casi in cui vi è un rischio di collusione e vi sono indicazioni che le persone aventi diritto alle informazioni ai sensi dell'Art. *11b* AIMP potrebbero ottenere indirettamente l'accesso alle prove del procedimento di assistenza giudiziaria e quindi mettere a rischio l'integrità del procedimento penale estero. La tutela di un interesse giuridico sostanziale, se lo Stato richiedente lo richiede (lett. b), così come la natura o l'urgenza della misura da adottare (lett. c) possono anche portare a una restrizione del diritto

all'informazione. Ciò vale in particolare per i casi di misure cautelari, in cui il diritto all'informazione può essere concesso solo dopo che tali misure sono state ordinate, ad esempio per assicurare prove come il congelamento di un conto bancario. Una restrizione è possibile anche per proteggere interessi privati essenziali (lett. d), come in particolare gli interessi privati di riservatezza o per proteggere la sicurezza delle persone (ad esempio, l'integrità psicologica). Infine, in determinate circostanze può essere opportuno non fornire informazioni alle persone interessate se sono in corso procedimenti paralleli in Svizzera e la divulgazione dei dati personali metterebbe a rischio le prove nel procedimento di assistenza giudiziaria (lett. e).

I motivi di restrizione previsti dall'Art. 80b cpv.2 e dall'Art. *11b* cpv. 2 AIMP possono sovrapporsi in una certa misura. Tuttavia, la decisione dell'autorità competente di rifiutare, limitare o rinviare la fornitura di informazioni deve essere giustificata. Tuttavia, tale giustificazione deve essere fornita in modo tale che le informazioni rifiutate non vengano divulgate. 22

Un'ulteriore restrizione del diritto all'informazione ai sensi dell'Art. *11b* AIMP deriva 23
dall'ambito generale di applicazione dell'AIMP. L'AIMP, compreso l'Art. *11b* AIMP, non è applicabile ai procedimenti di assistenza giudiziaria in materia penale se la Svizzera è vincolata allo Stato richiedente da un trattato internazionale di assistenza giudiziaria in materia penale.

Ad esempio, in un caso specifico di procedura di assistenza giudiziaria penale in cui la Svizzera e l'Ucraina erano vincolate dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria (EUeR), il Tribunale penale federale ha ritenuto che la disposizione sulla protezione dei dati - in questo caso l'Art. *11f* AIMP - non fosse applicabile agli Stati che garantiscono un livello adeguato di protezione dei dati. Il diritto all'informazione ai sensi dell'Art. *11b* AIMP (così come dell'Art. *11f* AIMP) è quindi di natura sussidiaria, indipendentemente dal fatto che sia rivendicato da una persona direttamente interessata da una richiesta di assistenza giudiziaria o da una terza parte non direttamente interessata. 24

L'esclusione del diritto all'informazione sulla base di un trattato internazionale è possibile, tuttavia, solo se il livello di protezione del trattato internazionale di assistenza reciproca per quanto riguarda il diritto all'informazione corrisponde a quello dell'AIMP. Ciò deriva anche dal principio di favore, in 25

base al quale la legge nazionale non può prevedere condizioni più restrittive rispetto alla legge del trattato. Altrimenti, gli standard di protezione dei dati ai sensi dell'Art. *11b* AIMP dovrebbero essere applicati nonostante un trattato speciale di assistenza giudiziaria tra la Svizzera e lo Stato richiedente.

BIBLIOGRAFIA

Drechsler Christian, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Vasella David/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 97 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2011.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80b, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 11b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg), Petit commentaire loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Protection des données et coopération internationale, AJP 2021, S. 998.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146.

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), SRIEL 2022, S. 451.

Meyer Frank, Kommentierung zu Art. 8 EMRK, in: Wolter Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X, 5. Aufl., Köln 2018.

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

I MATERIALI

Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

EJPD, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21.12.2016, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75576.pdf (zuletzt besucht am 1.7.2024).

Botschaft vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zuletzt besucht am 1.7.2024).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 16 AIMP

Un commentario di Lisa Harrison

CITAZIONE SUGGERITA

Lisa Harrison, Commentario all'art. 16 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Harrison, art. 1 AIMP N. XXX.

Capitolo 3: Procedura in Svizzera

Sezione 1: Autorità e loro attribuzioni

Art. 16 Autorità cantonali

[1] I Cantoni cooperano all'esecuzione della procedura d'estradizione. Salvo diversa disposizione del diritto federale, incombe loro di eseguire le domande d'altra assistenza, di assumere il perseguimento penale in via sostitutiva e di eseguire le decisioni penali. Essi sottostanno alla vigilanza della Confederazione in quanto debba essere applicata la presente legge.

[2] ...

STRUTTURA

I. Panoramica storica generale sull'origine della norma 85
II. Modifica della norma 86
III. Il contesto dell'articolo 86
IV. Commento all'articolo 87
A. Generalità 87
B. Ripartizione delle competenze tra l'UFG e le autorità cantonali e federali 88
1. Per quanto riguarda l'estradizione 88
a. Richieste di estradizione dall'estero 88
b. Richieste di estradizione in Svizzera 89
2. Altri casi di assistenza giudiziaria 89
3. Delega dell'azione penale 92
a. Alla Svizzera 92
b. Allo Stato estero 93
4. Esecuzione delle sentenze penali straniere 93
a. Dalla Svizzera 93
b. Da parte di uno Stato estero 94
Ulteriori letture 94
Bibliografia 94

I. PANORAMICA STORICA GENERALE SULL'ORIGINE DELLA NORMA

Prima dell'entrata in vigore dell'EIMP, la procedura di estradizione, a seconda della natura delle accuse, permetteva all'amministrazione o al Tribunale federale di decidere. Non esistevano regolamenti che disciplinassero gli altri tipi di cooperazione in materia penale, ossia gli altri atti di assistenza reciproca (noti anche come assistenza reciproca "minore" o "accessoria"), la delega del perseguimento e della punizione di un reato e l'esecuzione di sentenze penali straniere. 1

In pratica, la divisione delle competenze dipendeva dalla natura giuridica delle questioni da decidere: le autorità cantonali, autorizzate dai codici procedurali cantonali, decidevano sulle questioni relative all'applicazione e alla portata delle disposizioni procedurali e, in generale, la Divisione di polizia decideva sulle questioni relative alle relazioni internazionali, alle condizioni e alle restrizioni dell'assistenza giudiziaria. Inoltre, la Divisione di polizia poteva impugnare le decisioni delle autorità cantonali presentando un reclamo all'autorità federale di vigilanza. Le decisioni della Divisione di polizia potevano essere impugnate con un ricorso amministrativo. 2

Come risulta dal Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale a sostegno di una legge sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale e di un decreto federale sulle riserve relative alla Convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976 (di seguito "Messaggio del Consiglio federale dell'8 marzo 1976"), questa ripartizione delle competenze non era soddisfacente: era possibile che sia il Consiglio federale sia il Tribunale federale fossero competenti a pronunciarsi sullo stesso caso. Inoltre, in altri atti di assistenza giudiziaria, la giurisdizione non era chiara, il che creava il rischio che, se la prima autorità adita fosse stata incompetente, il ricorso sarebbe stato respinto dall'altra autorità perché presentato in ritardo. Inoltre, l'interesse pubblico per alcune questioni relative all'assistenza giudiziaria internazionale - in particolare la protezione delle informazioni riservate - stava crescendo, così come il numero di ricorsi. Era essenziale introdurre "norme uniformi e giudiziose per tutte le forme di cooperazione". Il Consiglio federale ha quindi deciso che l'articolo 12 dell'EIMP, successivamente divenuto articolo 16, avrebbe conferito all'Amministrazione federale la facoltà 3

di eseguire procedure di estradizione. Per quanto riguarda gli altri casi di assistenza giudiziaria, l'esecuzione era affidata ai Cantoni per ragioni di opportunità - la Confederazione disponeva degli organi competenti solo in casi particolari - e nella misura in cui un'autorità federale non era competente.

4 È interessante notare che questo articolo, come l'articolo 17 dell'EIMP, è stato ampiamente ispirato dall'articolo 3 della Legge federale sul Trattato con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale del 3 ottobre 1975 (di seguito: LTEJUS).

II. MODIFICA DELLA NORMA

5 L'unica modifica apportata a questo articolo dall'entrata in vigore dell'EIMP il 1° gennaio 1983 riguardava il paragrafo 2, che è stato abrogato il 13 giugno 2008 con effetto dal 1° gennaio 2011, a seguito dell'unificazione del diritto processuale penale del 21 dicembre 2005. L'articolo 54 del Codice di procedura penale ha reso obsoleto questo paragrafo, stabilendo che quando una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale viene ricevuta da un Cantone, la Procura del Cantone interessato è competente a svolgere i compiti che ne derivano.

III. IL CONTESTO DELL'ARTICOLO

6 L'articolo 16 dell'EIMP si trova nella prima parte della legge, più precisamente nel capitolo 3, che disciplina la procedura in Svizzera e contiene le disposizioni derivanti dalla particolare natura giuridica dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale.

7 Questa prima parte della legge contiene le disposizioni generali della legge. Il capitolo 1 definisce il campo di applicazione della legge (scopo e limiti della cooperazione, inammissibilità delle richieste, disposizioni speciali, sistema di gestione delle persone, dei fascicoli e dei casi, protezione dei dati personali), il capitolo 2 tratta del diritto applicabile, il capitolo 3 mira a legiferare sulla procedura in Svizzera (le autorità e le competenze, che è ciò che ci interessa in questa sede, e la protezione giuridica), mentre il capitolo 4 tratta della procedura tra Stati.

Il capitolo 3, che si articola in due sezioni, descrive le autorità competenti in Svizzera per l'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, ne elenca i poteri (sezione 1) e prevede la tutela giuridica della persona perseguita e delle altre persone interessate da una misura di assistenza giudiziaria o della parte lesa presente durante le indagini (sezione 2). 8

L'articolo 16 dell'EIMP, che riguarda le autorità cantonali, precede l'articolo 17, che stabilisce i poteri delle autorità federali. Da questo sistema si evince che le procedure ordinarie di assistenza giudiziaria sono principalmente di competenza delle autorità cantonali. 9

Per le procedure di estradizione, invece, la competenza delle autorità cantonali è di tipo collaborativo: l'UFG se ne occupa esclusivamente prima di trasmetterle alle autorità cantonali competenti per l'esecuzione. 10

Per l'assistenza giudiziaria minore, l'azione penale per delega e l'esecuzione delle decisioni, sono competenti le autorità cantonali, sotto la supervisione della Confederazione quando è applicabile l'EIMP. La competenza cantonale è quindi prevista ab initio per gli altri atti di assistenza giudiziaria. L'UFG ha una competenza residuale, in particolare per le richieste volte a ottenere una garanzia di reciprocità (art. 17 cpv. 3 EIMP) o quando un trattato concluso dalla Svizzera stabilisce la competenza dell'UFG come autorità centrale, come nel caso degli Stati Uniti d'America (art. 17 cpv. 3 EIMP). È il caso degli Stati Uniti d'America (art. 28 del Trattato tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale del 25 maggio 1973) e - per le richieste di assistenza giudiziaria in casi di criminalità organizzata, corruzione e altri reati gravi - dell'Italia (art. XVIII dell'Accordo tra la Svizzera e l'Italia per completare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e per facilitarne l'applicazione del 10 settembre 1998). L'UFG ha anche una funzione operativa nei casi urgenti, in cui è competente a ordinare misure provvisorie (art. 18 cpv. 2 EIMP). 11

IV. COMMENTO ALL'ARTICOLO

A. Generalità

L'art. 16 cpv. 1 prima frase dell'UIMP prevede, conformemente all'art. 17 cpv. 2 dell'UIMP, che le autorità cantonali collaborino all'esecuzione delle 12

procedure di estradizione per le quali è competente l'UFG. Resta quindi inteso che l'UFG è l'autorità competente per le richieste di estradizione. A sostegno di questa competenza federale, le autorità cantonali eseguono le misure ordinate dall'UFG. Tali misure sono quindi considerate adottate in esecuzione della legge federale applicabile. In particolare, le autorità cantonali sono responsabili - su ordine dell'UFG - della detenzione della persona oggetto della domanda di estradizione, dello svolgimento delle udienze ed eventualmente, al termine della procedura di estradizione, della consegna della persona interessata allo Stato richiedente.

13 L'articolo 16 cpv. 1, seconda frase, dell'IMA attribuisce una competenza primaria alle autorità cantonali per l'esecuzione delle richieste relative ad altri atti di assistenza giudiziaria. L'UFG ha quindi una funzione di delega e di coordinamento nei confronti delle autorità cantonali. In alcuni casi, tuttavia, quando un trattato bilaterale lo prevede, all'UFG viene attribuita la competenza primaria per l'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria (cfr. capitolo IV B 2 infra).

14 L'articolo 16 cpv. 1 terza frase dell'EIMP stabilisce che i Cantoni sono posti sotto la vigilanza della Confederazione quando questa legge è applicabile. L'UFG è quindi responsabile del controllo dell'applicazione dell'EIMP e ha quindi il diritto di impugnare le decisioni cantonali e federali (art. 25 EIMP).

15 Come indicato in precedenza (cfr. capitolo II), l'art. 16 cpv. 2 dell'IMA è stato abrogato il 1° gennaio 2011 a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 54 cpv. 1 CPP, che ha reso obsoleto tale paragrafo.

B. Ripartizione delle competenze tra l'UFG e le autorità cantonali e federali

1. Per quanto riguarda l'estradizione

a. Richieste di estradizione dall'estero

16 L'UFG è responsabile della ricezione delle richieste di estradizione, ossia della consegna allo Stato richiedente - ai fini del perseguimento penale o dell'esecuzione di una pena detentiva - di persone dello Stato che ha giurisdizione sul reato e che richiede l'estradizione (art. 32 EIMP).

L'UFG decide se e a quali condizioni dare seguito alla richiesta (art. 43 EIMP), affida alle autorità cantonali o federali le misure da adottare (art. 44 e segg. EIMP) e decide, in prima istanza, sull'estradizione (art. 55 EIMP). 17

I Cantoni assistono questa autorità nell'esecuzione della richiesta di estradizione, eseguendo misure provvisorie (art. 44 e segg. dell'IMA), effettuando arresti e sequestri (art. 47 e segg. dell'IMA) e concedendo alla persona ricercata il diritto di essere ascoltata (art. 52 e segg. dell'IMA). La competenza dei Cantoni può quindi essere definita operativa, poiché l'UFG non dispone dei mezzi necessari per eseguire direttamente le richieste di estradizione. 18

b. Richieste di estradizione in Svizzera

L'UFG presenta le richieste di ricerca emesse dalla Svizzera su richiesta di un'autorità cantonale o federale di perseguimento penale o di esecuzione e le trasmette tramite il Sistema d'informazione Schengen (SIS) o Interpol (art. 30 cpv. 2 EIMP). Se il luogo di residenza della persona è noto o presunto, l'UFG invia la richiesta di ricerca direttamente al Paese di residenza. 19

Una volta che la persona ricercata è stata arrestata, l'UFG presenta allo Stato richiesto, entro il termine stabilito, la domanda formale di estradizione che, a seconda delle disposizioni del trattato, contiene i dati della persona ricercata, un mandato d'arresto o una sentenza esecutiva entrata in vigore, le disposizioni penali applicabili, eventuali prove (un requisito, in generale, per le richieste rivolte ai cosiddetti Stati di common law) e, se necessario, una traduzione dei documenti. 20

In particolare, l'UFG può rifiutare di inoltrare una richiesta di estradizione se la gravità del reato non giustifica la procedura (art. 30 cpv. 4 EIMP). L'autorità cantonale può quindi presentare ricorso contro la decisione dell'UFG di non presentare la richiesta (art. 25 cpv. 3 frase 2 EIMP). 21

2. Altri casi di assistenza giudiziaria

Negli altri casi di assistenza giudiziaria, la procedura spetta in primo luogo alle autorità cantonali, che procedono all'esame preliminare della richiesta (art. 80 EIMP) e alla sua esecuzione (art. 80a e segg. EIMP). Si noti che le disposizioni dell'IMA rimangono applicabili quando la Svizzera è legata allo Stato richiedente da un trattato di assistenza giudiziaria, a meno che il trattato non 22

contenga disposizioni specifiche che prevalgono su quelle dell'IMA (ad esempio, l'art. 9 2° P.A. CEEJ, che disciplina le udienze in videoconferenza).

23 Nel caso in cui un accordo internazionale, bilaterale o multilaterale consenta alle autorità giudiziarie dello Stato richiedente di inviare la richiesta di assistenza giudiziaria direttamente alle autorità giudiziarie dello Stato richiesto, l'autorità giudiziaria cantonale o federale competente riceverà direttamente la richiesta di assistenza giudiziaria straniera e, una volta eseguita la richiesta, trasmetterà gli atti esecutivi allo Stato richiedente, specificando la riserva di specialità abituale (art. 78 par. 1 dell'EIMP). A questo proposito, si può fare riferimento all'art. 4 par. 1 2° P.A. ECCJ, che sostituisce l'art. 15 ECCJ e autorizza la trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, senza dover passare per il Ministero della Giustizia della parte richiesta, ovvero l'UFG nel caso della Svizzera. Tuttavia, questa eccezione non si applica alle richieste di trasferimento temporaneo di persone detenute ai sensi degli articoli 11 CGE e 13 2a P.A. CGE, che devono in ogni caso essere indirizzate dal Ministero della Giustizia dello Stato richiedente al Ministero della Giustizia dello Stato richiesto e rinviate attraverso lo stesso canale.

24 In assenza di un accordo che preveda la trasmissione diretta all'autorità competente, o in particolare quando lo Stato richiedente non conosce l'autorità giudiziaria competente, l'UFG riceve le richieste straniere (artt. 27 cpv. 2 e 78 cpv. 1 CBE in fine). In questi casi, l'UFG effettua un esame sommario dell'ammissibilità della richiesta in termini di forma e la trasmette all'autorità cantonale o federale competente per l'esecuzione, a meno che la richiesta non sia manifestamente irricevibile (art. 78 cpv. 2 EIMP). L'UFG ha un ampio margine di discrezionalità per quanto riguarda l'esame sommario e la delega all'autorità esecutiva, e la sua decisione di delegare all'autorità esecutiva non può essere impugnata separatamente (art. 78 cpv. 4 EIMP e art. 14 OEIMP).

25 In casi urgenti, l'UFG ha il potere di ordinare le misure provvisorie necessarie (art. 18 cpv. 2 OIMP).

26 La competenza cantonale è determinata principalmente dal luogo in cui devono essere eseguite le misure esecutive. Ad esempio, le autorità cantonali sono competenti a condurre un'audizione di una persona domiciliata sul loro territorio o a perquisire i locali di una società con sede legale nel loro cantone. L'UFG può anche decidere di affidare l'esecuzione della richiesta di

assistenza giudiziaria al Cantone che sta conducendo un procedimento nazionale relativo alla richiesta di assistenza giudiziaria o all'autorità che sarebbe competente se il reato fosse stato commesso in Svizzera (art. 17 cpv. 4 e 79 cpv. 2 EIMP). In linea di principio, quest'ultimo caso riguarda reati soggetti alla giurisprudenza federale (art. 23 CPP) e, di conseguenza, porta alla competenza del Ministero pubblico della Confederazione.

Se l'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria richiede indagini in più Cantoni, o se riguarda anche un'autorità federale, l'UFG può designare un Cantone capofila (art. 79 cpv. 1 CIM). L'UFG può anche decidere di pronunciarsi autonomamente sull'esecuzione dell'assistenza giudiziaria se l'autorità cantonale competente non è in grado di prendere una decisione entro un termine ragionevole o in casi complessi o di particolare importanza (art. 79a cpv. 1 EIMP). 27

L'autorità cantonale competente è il pubblico ministero (art. 55 cpv. 1 CPP), o anche il tribunale durante il procedimento (art. 55 cpv. 2 CPP). La legge cantonale di attuazione del PCC specifica quale procura è competente (ad esempio, la procura centrale del Cantone di Vaud è competente a ricevere ed eseguire rogatorie da un'autorità esterna al Cantone o a presentare una richiesta di estradizione all'UFG). 28

La procedura per le autorità amministrative federali è disciplinata per analogia dal PA; le autorità cantonali applicano per analogia il diritto amministrativo cantonale (art. 12 cpv. 1 EIMP). Gli atti procedurali sono disciplinati dal CPP (art. 12 cpv. 1 EIMP), integrato dalla LOAP (art. 1 cpv. 1 LOAP tramite l'art. 12 cpv. 1 EIMP). 29

L'UFG è responsabile della supervisione delle autorità cantonali (art. 16 EIMP). In questo ruolo, l'UFG può decidere di impugnare le decisioni cantonali davanti alla Corte dei reclami del Tribunale penale federale (art. 25 cpv. 1 e 3 e 80h lett. a EIMP). Affinché l'UFG possa esercitare la sua funzione di vigilanza, deve essere informato delle decisioni cantonali e federali sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, nonché di quelle della Corte dei reclami del Tribunale penale federale (art. 5 OIMPO). Inoltre, se il procedimento è ritardato o rifiutato, l'UFG può contattare l'autorità cantonale e chiedere informazioni sullo stato del procedimento, sui motivi dell'eventuale ritardo e sulle misure previste (art. 17a cpv. 2 OIMP). In caso di rifiuto ingiustificato, l'UFG può intervenire presso l'autorità di vigilanza 30

competente (art. 17a cpv. 2 EIMP) o, in caso di rifiuto di prendere una decisione o se l'autorità ritarda a farlo, presentare un ricorso contro l'assenza di decisione, che è equiparata a una decisione negativa (art. 17a cpv. 3 EIMP). L'UFG può anche decidere di prendere autonomamente una decisione sull'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria (art. 79a cpv. 3 lett. c OIMP), a spese del Cantone interessato (art. 13 cpv. 1bis OEIMP).

31 Per l'assistenza giudiziaria con gli Stati Uniti, l'UFG è sempre competente e agisce in qualità di Ufficio centrale USA (art. 28 cpv. 1 TJUS e art. 1 cap. 3 e 5 LTEJUS). Le autorità giudiziarie cantonali e federali assistono l'UFG nell'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria.

3. Delega dell'azione penale

a. Alla Svizzera

32 Se l'estradizione è esclusa, se la persona perseguita risponde in Svizzera di altri reati più gravi e se lo Stato richiedente garantisce che non perseguirà più la persona per lo stesso fatto una volta assolta o punita in Svizzera, la Svizzera può punire al suo posto un fatto commesso all'estero (art. 85 EIMP). Questa opzione "risponde agli obiettivi di una corretta amministrazione della giustizia e di una migliore riabilitazione sociale" e costituisce un'alternativa all'estradizione.

33 Tale richiesta deve essere indirizzata all'UFG, che decide, in materia di giurisdizione penale cantonale, previa consultazione dell'autorità di perseguimento penale, di accettare la richiesta straniera e di trasmettere il fascicolo all'autorità di perseguimento penale competente (art. 91 cpv. 1 EIMP). Questa decisione non obbliga l'autorità ad avviare un procedimento penale (art. 91 cpv. 3 EIMP), né a condannare la persona perseguita. Successivamente, l'autorità competente è tenuta a informare l'Ufficio federale della sua decisione di dare o meno seguito alla richiesta di delega, della sanzione comminata e della sua esecuzione e di ogni altra decisione presa, e l'Ufficio federale informerà lo Stato richiedente (art. 36 cpv. 1 lett. a - e OEIMP).

34 Quando la competenza è dei tribunali penali federali, l'UFG decide, d'intesa con il Procuratore generale della Confederazione, se accettare o meno le richieste (art. 4 cpv. 4 OEIMP). Queste disposizioni non si applicano quando il reato è soggetto alla giurisdizione svizzera in virtù di un'altra disposizione.

b. Allo Stato estero

Su richiesta della Svizzera, si può chiedere a uno Stato estero di assumere l'esercizio dell'azione penale per un reato soggetto alla giurisdizione svizzera se la sua legislazione consente di perseguire e punire tale reato, in due casi: a) se la persona perseguita risiede in tale Stato, essendo l'estradizione in Svizzera inopportuna o esclusa, oppure b) se la persona perseguita è estradata in tale Stato e il trasferimento dell'azione penale consente di prevedere un migliore reinserimento sociale (art. 88 OIMP). 35

La richiesta di delega dell'azione penale è presentata dall'autorità svizzera competente, in linea di principio la procura competente, all'UFG, che la inoltra allo Stato estero (art. 30 cpv. 2 EIMP). Ciò non vale per le richieste riguardanti la Germania, l'Austria e l'Italia, Paesi con i quali la Svizzera ha concluso accordi bilaterali che consentono di inviare la richiesta di delega dell'azione penale direttamente alle autorità di perseguimento penale competenti. 36

Durante la procedura di delega, l'UFG è responsabile della sorte dei beni in deposito, anche se la richiesta di delega dell'azione penale è presentata direttamente all'autorità estera senza passare per l'UFG. 37

4. Esecuzione delle sentenze penali straniere

L'esecuzione di sentenze penali straniere consiste nell'ottenere l'esecuzione di una sentenza penale straniera definitiva - ossia una condanna o un provvedimento - da parte dello Stato richiesto. 38

Molti Stati non estradano i propri cittadini e, di conseguenza, lo Stato richiedente può delegare l'esecuzione della pena (condanna o misura) al Paese d'origine, per evitare che le persone condannate da una decisione entrata in vigore ed esecutiva possano sottrarsi alla pena. In questo caso, una richiesta di esecuzione della decisione penale deve essere presentata al Paese d'origine. 39

a. Dalla Svizzera

L'UFG è responsabile della decisione sulla richiesta, dopo aver consultato l'autorità di esecuzione, e, se accetta la richiesta, la inoltra all'autorità di esecuzione. La procedura di exequatur è quindi disciplinata dal Codice di procedura penale. 40

b. Da parte di uno Stato estero

41 Una sentenza penale emessa in Svizzera può essere delegata per l'esecuzione da uno Stato estero, alle condizioni previste dagli articoli da 100 a 102 dell'EIMP. L'UFG è competente a decidere sulla delega all'estero, su richiesta dell'autorità cantonale o federale (art. 30 cpv. 2 EIMP).

*L'autrice ha scritto questo contributo a titolo personale. Le valutazioni e le opinioni presentate sono proprie e non vincolano l'Ufficio federale di giustizi*a.

ULTERIORI LETTURE

Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

BIBLIOGRAFIA

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Chatelain Roland, Problèmes relatifs à l'application de l'EIMP, RPS 1992 p. 170 ss.

Hurtado Pozo Jos, Droit pénal, Partie générale, Genève 2008.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 17 AIMP

Un commentario di Lisa Harrison

CITAZIONE SUGGERITA

Lisa Harrison, Commentario all'art. 17 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Harrison, art. 17 AIMP N. XXX.

Art. 17 Autorità federali

[1] Il Dipartimento federale di giustizia e polizia (Dipartimento) decide nel caso dell'articolo 1*a*. Nei trenta giorni che seguono la comunicazione scritta della decisione finale può essere chiesta una decisione del Dipartimento.

[2] L'UFG riceve le domande dell'estero e presenta quelle svizzere. Esso tratta le domande d'estradizione e provvede affinché le domande d'altra assistenza, di perseguimento penale in via sostitutiva o di esecuzione di decisioni penali siano esaminate dalle autorità cantonali o federali competenti, sempreché la loro esecuzione non sia manifestamente inammissibile.

[3] L'UFG decide su:

a. la richiesta della garanzia di reciprocità (art. 8 cpv. 1);

b. la scelta della procedura appropriata (art. 19);

c. l'ammissibilità di domande svizzere (art. 30 cpv. 1).

[4] L'UFG può delegare l'attuazione totale o parziale del procedimento all'autorità federale che sarebbe stata competente a reprimere se il reato fosse stato commesso in Svizzera.

[5] Può anche decidere sull'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria e sull'esecuzione, conformemente all'articolo 79*a*.

STRUTTURA

I. Panoramica storica generale sull'origine della norma 98
II. Modifiche alla norma 100
A. Primo paragrafo 100
B. Secondo paragrafo 101
C. Terzo paragrafo 101
D. Quarto paragrafo 101
E. Quinto paragrafo 101
III. L'articolo nel contesto 102
IV. Commento all'articolo 103
A. Primo paragrafo 103
B. Secondo paragrafo 106
1. Ricezione di richieste di assistenza giudiziaria dall'estero 106
2. Presentazione di richieste di assistenza svizzera all'estero 107
3. Trattamento delle richieste di estradizione 108
a. Trasmissione delle richieste di estradizione svizzere 108
b. Ricezione di richieste di estradizione estere 108
4. Trasmissione delle richieste straniere di assistenza giudiziaria alle autorità svizzere competenti 109
5. Azione penale per delega 109
6. Esecuzione delle decisioni 109
C. Terzo paragrafo 109
1. Richiesta di garanzia di reciprocità 109
2. Scelta della procedura appropriata 110
3. Ammissibilità di una richiesta svizzera 111
D. Quarto paragrafo 111
E. Quinto paragrafo 112
1. La richiesta richiede indagini in più cantoni 112
2. Mancata decisione entro un termine ragionevole 113
3. Casi complessi o di particolare importanza 113
Letture consigliate 114
Bibliografia 114

I. PANORAMICA STORICA GENERALE SULL'ORIGINE DELLA NORMA

1 Come emerge chiaramente dal commento all'articolo 16 dell'AIMP, la divisione delle competenze prima dell'entrata in vigore dell'AIMP era insoddisfacente. L'obiettivo della bozza dell'AIMP era quello di mettere in atto un insieme di regole semplici che consentissero di trattare la domanda dello Stato richiedente in modo rapido e senza ritardi intollerabili. Secondo la bozza, dato che l'esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria poteva sia sollevare questioni relative "all'applicazione del Codice di procedura penale", in quanto le sentenze e le decisioni soggette a ricorso erano "di natura molto simile agli atti ufficiali compiuti dal giudice istruttore", sia rientrare nel diritto amministrativo quando si trattava di applicare "le disposizioni effettive della legge sull'assistenza giudiziaria", la responsabilità era suddivisa tra il DFGP e la Divisione di polizia. Alla Divisione di polizia è stata attribuita la responsabilità per tutto ciò che riguarda l'estradizione. La responsabilità per gli altri atti di assistenza giudiziaria è stata in gran parte assegnata alle "autorità responsabili del perseguimento penale". Di conseguenza, i Cantoni stanno assumendo "la maggior parte delle responsabilità che, in linea di principio, spettano alla Divisione di polizia". Tuttavia, alla Divisione di polizia è stato concesso il diritto di utilizzare, "in qualità di autorità di vigilanza, le procedure di ricorso previste dalla legislazione cantonale". Alla luce di questa divisione dei poteri, l'articolo 17 dell'AIMP, che riguarda i poteri delle autorità federali, segue l'articolo 16 dell'AIMP, che riguarda le autorità cantonali.

2 L'articolo 14, paragrafo 1, del progetto, poi divenuto articolo 17, paragrafo 1, dell'AIMP, conferiva al DFGP competenze decisionali esclusive nei casi previsti dall'articolo 1, paragrafo 2, del progetto, poi divenuto articolo 1 bis dell'AIMP.

3 L'articolo 14, paragrafo 2, lettere a) e b), del progetto, poi divenuto articolo 17, paragrafo 2, dell'AIMP, conferiva alla Divisione di polizia il potere esclusivo di decidere se una domanda fosse irricevibile e se dovesse essere respinta in base alla gravità del reato.

Le lettere c, e ed f dell'articolo 14, paragrafo 2, del progetto, successivamente incorporate nell'articolo 17, paragrafo 3, dell'AIMP, conferivano alla Divisione di polizia poteri decisionali nei seguenti casi: 4

- richiesta di assicurazione di reciprocità,
- scelta della procedura e
- ammissibilità di una domanda svizzera.

Dalla bozza dell'AIMP risulta inoltre che l'articolo 13, paragrafo 1, e l'articolo 14, paragrafo 2, lettera d), successivamente incorporati nell'articolo 17, paragrafo 4, dell'AIMP, disciplinavano il trasferimento di competenze dalle autorità cantonali alle autorità federali per l'esecuzione di procedure di assistenza giudiziaria in Svizzera. Questo trasferimento di competenze si basava su una decisione della Divisione di polizia, che poteva scegliere di "affidare l'esecuzione parziale o totale di una procedura a un'autorità federale se il perseguimento o la punizione del reato sarebbe stato di competenza di tale autorità se fosse stato commesso in Svizzera". Il secondo paragrafo dell'articolo 13, paragrafo 2, conferisce inoltre all'"autorità superiore comune" il potere di decidere in merito alle divergenze tra le autorità federali. 5

Come l'articolo 16 dell'AIMP, anche la formulazione dell'articolo 17 dell'AIMP è stata ampiamente ispirata dall'articolo 3 della Legge federale sul Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale con gli Stati Uniti d'America del 3 ottobre 1975 (di seguito: LTEJUS). 6

Va sottolineato che nel 1979, ancor prima dell'entrata in vigore dell'AIMP nel 1981, la Divisione di polizia è diventata l'Ufficio federale di polizia, comunemente indicato come "Ufficio federale" nel testo dell'AIMP. All'inizio degli anni 2000, le competenze dell'Ufficio federale di polizia in materia di assistenza giudiziaria sono state riassegnate all'Ufficio federale di giustizia (di seguito "UFG"), sebbene il testo giuridico dell'AIMP sia rimasto invariato. Solo all'inizio del 2024, nel contesto della modifica del Codice di procedura penale svizzero decisa il 17 giugno 2022, i termini "Ufficio federale" utilizzati nelle varie disposizioni dell'AIMP - compreso l'articolo 17 dell'AIMP - sono stati effettivamente sostituiti da "UFG". 7

II. MODIFICHE ALLA NORMA

A. Primo paragrafo

8 Il primo paragrafo dell'articolo 17 dell'IMTPA è stato modificato nel 1996, a causa dell'abrogazione del secondo paragrafo dell'articolo 1, che era incluso nell'articolo 1a dell'AIMP. L'emendamento è entrato in vigore il 1° febbraio 1997.

9 Questa modifica rispondeva al desiderio del legislatore di "separare meglio lo scopo della cooperazione internazionale dai suoi limiti". Secondo il Messaggio concernente la revisione della Legge federale sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale e della Legge federale sul Trattato con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, nonché un progetto di Decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 marzo 1995, L'obiettivo di questa revisione era quello di porre rimedio alle debolezze dell'AIMP "in termini di esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria, in particolare per quanto riguarda la lunghezza della procedura di esecuzione che, in alcuni casi di particolare rilievo (Pemex, Marcos), si è rivelata eccessiva". Gli strumenti utilizzati dal Consiglio federale e dal DFGP per semplificare e accelerare la procedura attraverso ordinanze o interventi, o la giurisprudenza del Tribunale federale, si sono rivelati insufficienti, rendendo necessaria una revisione più completa ed estesa della legge.

10 Nel 2001, nell'ambito della revisione totale del sistema giudiziario federale, l'articolo 17 cpv. 1 dell'AIMP è stato nuovamente modificato, con lo stesso obiettivo dell'emendamento del 29 marzo 1995, "ossia accelerare i procedimenti". Questa seconda modifica, entrata in vigore il 1° gennaio 2007, ha introdotto, in una seconda frase, un termine di 30 giorni dalla notifica della decisione di chiusura del procedimento per richiedere una decisione al Dipartimento. Lo scopo di questo termine era quello di "garantire che la procedura di cui all'articolo 1a AIMP si svolga parallelamente alla procedura di ricorso" e di evitare quindi che le persone con lo status di parte potessero bloccare la decisione finale di assistenza giudiziaria invocando l'articolo 1a AIMP. In effetti, come dimostra il Messaggio sulla revisione totale del sistema giudiziario federale del 28 febbraio 2001, nella pratica lo strumento dell'articolo 1a AIMP è stato utilizzato "allo scopo di impedire la consegna autorizzata di documenti di assistenza giudiziaria", dopo che i rimedi giuridici

ordinari erano stati esauriti senza successo. Questo risultato è la conseguenza del fatto che la procedura di cui all'articolo 1a AIMP consente di rifiutare l'assistenza giudiziaria "di per sé ammissibile" se tale cooperazione potrebbe pregiudicare la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali della Svizzera.

B. Secondo paragrafo

Il paragrafo 2, che riguarda le competenze dell'UFG, non è stato modificato dall'entrata in vigore dell'AIMP, fatta salva la sostituzione dei termini "Ufficio federale" con "UFG" il 1° gennaio 2024. 11

C. Terzo paragrafo

Il paragrafo 3 è stato oggetto di un'unica modifica durante la revisione della Legge federale sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale e della Legge federale sul trattato con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, nonché di un progetto di Decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 marzo 1995. 12

Questa modifica, entrata in vigore il 1° febbraio 1997, riguardava la lettera b di questo paragrafo, che conferisce all'UFG la competenza di scegliere la procedura appropriata nei casi previsti dall'articolo 19 dell'EIMP. 13

D. Quarto paragrafo

Il paragrafo 4 - che riguarda l'esecuzione, totale o parziale, di una richiesta di assistenza giudiziaria da parte di un'autorità federale che sarebbe competente se il reato fosse stato commesso in Svizzera - non è stato modificato dall'entrata in vigore dell'AIMP. 14

E. Quinto paragrafo

Quest'ultimo paragrafo è stato introdotto con la modifica dell'AIMP del 4 ottobre 1996 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 1997. 15

Esso conferisce all'UFG il potere di decidere sull'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria e sulla sua esecuzione nei casi previsti dall'articolo 79a dell'AIMP, anch'esso introdotto in occasione di questa revisione ed entrato in vigore il 1° 16

febbraio 1997. L'introduzione di questo paragrafo e dell'articolo 79a EIMP mirava ad aumentare i poteri dell'UFG in determinate situazioni in cui la sua competenza avrebbe facilitato la concessione dell'assistenza giudiziaria o la sua esecuzione.

17 Va notato che né questo paragrafo né l'articolo 79a AIMP erano previsti nel messaggio concernente la revisione della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e della legge federale sul trattato con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, nonché in un progetto di decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 marzo 1995. Sono stati aggiunti durante i dibattiti parlamentari.

III. L'ARTICOLO NEL CONTESTO

18 L'articolo 17 dell'AIMP si trova nella prima parte della legge, che tratta le disposizioni generali della legge.

19 L'articolo è collocato nel Capitolo 3, Sezione 1, che disciplina la procedura in Svizzera e definisce le autorità competenti a fornire assistenza giudiziaria e internazionale in materia penale e i poteri di tali autorità.

20 Come si è detto nel capitolo 1, l'articolo 17 AIMP, che riguarda i poteri delle autorità federali, segue l'articolo 16 AIMP, che riguarda le autorità cantonali. Da questo sistema si evince che le procedure ordinarie di assistenza giudiziaria sono principalmente di competenza delle autorità cantonali. Esistono tuttavia alcune eccezioni a questo principio, in particolare per quanto riguarda le procedure di estradizione - che sono di competenza dell'UFG - o, nel caso dell'assistenza giudiziaria minore, quando un trattato concluso dalla Svizzera stabilisce la competenza dell'UFG come autorità centrale, come nel caso degli Stati Uniti d'America (art. 16 EIMP). È il caso degli Stati Uniti d'America (art. 28 del Trattato tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale, concluso il 25 maggio 1973) e - per le richieste di assistenza giudiziaria in casi di criminalità organizzata, corruzione e altri reati gravi - dell'Italia (art. XVIII dell'Accordo tra la Svizzera e l'Italia per completare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e per facilitarne l'applicazione, concluso il 10 settembre 1998). Le autorità federali hanno

quindi la cosiddetta giurisdizione residua, di cui l'articolo 17 dell'AIMP definisce i contorni.

IV. COMMENTO ALL'ARTICOLO

A. Primo paragrafo

Questo primo paragrafo conferisce al DFGP il potere di prendere decisioni nei casi previsti dall'articolo 1a dell'AIMP. Più specificamente, il DFGP è competente a valutare se l'assistenza giudiziaria concessa possa pregiudicare la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali della Svizzera e può, se del caso, rifiutare l'assistenza giudiziaria per questi motivi. 21

La nozione di "altri interessi essenziali" si riferisce ad altri interessi decisivi per l'esistenza del Paese nel suo complesso. Il semplice danno a singoli operatori economici non è sufficiente per costituire una violazione degli interessi essenziali: l'esecuzione deve essere in grado di causare un danno all'economia svizzera nel suo complesso (ad esempio, il rischio di un embargo generale sui prodotti svizzeri o l'esclusione sistematica delle imprese svizzere dagli appalti pubblici). L'articolo 1a dell'EIMP limita quindi le possibilità di cooperazione della Svizzera quando l'esecuzione della richiesta, "altrimenti fondata", può danneggiare gli interessi della Svizzera. 22

Il campo di applicazione di questo articolo è estremamente limitato per quanto riguarda l'estradizione. Quando esiste un trattato di assistenza giudiziaria con lo Stato richiedente, i motivi di rifiuto di cui all'articolo 1a dell'AIMP si applicano solo se tale trattato contiene una disposizione equivalente a questo articolo, il che avviene raramente nel campo dell'estradizione. Nel settore dell'assistenza giudiziaria minore, questo motivo di rifiuto è previsto negli accordi di assistenza giudiziaria e nei trattati bilaterali. 23

Il controllo del DFGP deve essere limitato alla "questione dell'eventuale pregiudizio alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali della Svizzera ai sensi dell'articolo 1a dell'AIMP è di natura puramente politica e deve essere risolta indipendentemente dal procedimento dinanzi al Tribunale federale". 24

25 Solo i cittadini svizzeri e gli stranieri domiciliati in Svizzera, nonché le società con sede o stabilimento permanente in Svizzera, possono richiedere una decisione del DFGP.

26 Per evitare che questo mezzo venga utilizzato per ritardare la procedura e impedire l'esecuzione di una decisione definitiva entrata in vigore, alla persona legittimata viene concesso un termine di 30 giorni dalla comunicazione scritta della decisione di chiusura della procedura (art. 21 cpv. 3 e 80h lett. b AIMP) per richiedere una decisione al DFGP. Il termine di 30 giorni inizia a decorrere dal momento in cui la decisione di archiviazione viene notificata per iscritto (e non dal momento in cui diventa definitiva) e mira a garantire che la procedura prevista dall'articolo 1a dell'AIMP "si svolga parallelamente alla procedura di ricorso". Dopo il termine di 30 giorni, la domanda è irricevibile. È interessante notare, tuttavia, che il Consiglio federale, in qualità di autorità di ricorso del DFGP, "può rifiutare d'ufficio e in qualsiasi momento una richiesta di assistenza giudiziaria se ritiene che l'esecuzione della richiesta possa compromettere la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali della Svizzera".

27 La presentazione di una richiesta basata sull'articolo 1a dell'AIMP dopo una decisione esecutiva non sospende l'esecuzione di tale decisione (art. 21 par. 4 dell'AIMP); spetta quindi al richiedente chiedere misure provvisorie.

28 La competenza del DFGP dimostra la natura puramente politica di questa decisione. Per lo stesso motivo, è possibile presentare un ricorso amministrativo contro questa decisione al Consiglio federale (art. 26 AIMP).

29 Alcuni studiosi hanno criticato aspramente questo doppio organo di ricorso, sostenendo che non si tratta di un organo di ricorso perché il DFGP è direttamente subordinato al Consiglio federale. Non condividiamo questa critica per due motivi. In primo luogo, riteniamo che nella procedura amministrativa un doppio organo di ricorso non sia una garanzia procedurale generale o un diritto costituzionale dei cittadini. In secondo luogo, riteniamo che il diritto a una seconda udienza equivalga, almeno in parte, al diritto di essere ascoltati. Nel caso in questione, il fatto che esistano due gradi di giudizio - il DFGP e il Consiglio federale - significa che il richiedente ha la possibilità di esporre il proprio caso in più occasioni, davanti a diverse autorità, e di presentare le proprie argomentazioni e prove. Il diritto del richiedente di essere ascoltato è quindi rispettato. Il fatto che il DFGP

riferisca al Consiglio federale non significa che le argomentazioni presentate dai richiedenti non siano esaminate in modo indipendente e imparziale da ciascuna autorità.

Un'altra parte della dottrina critica questo paragrafo a causa dell'esistenza della possibilità di richiedere, in parallelo, un ricorso contro l'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria, disponibile ai sensi dell'articolo 80e AIMP davanti alla Corte dei reclami del TPF (art. 37 cpv. 2 lett. a LOAP). Per evitare quella che descrive come una "duplicazione dei rimedi giuridici", propone che sia solo il giudice a valutare tutti gli interessi, compresi quelli di cui all'art. 1a AIMP. Anche noi non condividiamo questo punto di vista. È vero che l'ordinamento giuridico prevede che, parallelamente, due autorità distinte siano competenti a decidere sulla stessa richiesta di assistenza giudiziaria. Il DFGP e il Consiglio federale sono competenti solo per stabilire se gli interessi essenziali della Svizzera rendono impossibile la concessione dell'assistenza giudiziaria. Il TPF e il TF, invece, non sono competenti a esaminare questa questione, ma solo a stabilire se l'assistenza giudiziaria può essere concessa sulla base delle altre disposizioni dell'IMA. In altre parole, come sottolineato più volte nelle decisioni del Consiglio federale in relazione all'articolo 1a dell'AIMP, questi due canali "non esaminano gli stessi aspetti del problema". La natura eminentemente politica delle questioni trattate dall'articolo 1a dell'AIMP rende essenziale il controllo da parte del DFGP e del Consiglio federale, che sono in una posizione migliore rispetto a un'autorità giudiziaria per definire eventuali limiti politici alla concessione dell'assistenza reciproca. Ricordiamo inoltre che questa ripartizione dei poteri è analoga alla facoltà di queste autorità di autorizzare le autorità di perseguimento penale a perseguire reati di natura politica (art. 302 CP e art. 66 della Legge federale sull'assistenza giudiziaria in materia penale), dove il Consiglio federale può rifiutare l'autorizzazione solo per salvaguardare gli interessi superiori del Paese (art. 66 cpv. 1 della Legge federale sull'assistenza giudiziaria in materia penale). Infine, notiamo che, sebbene il parallelismo dei rimedi giuridici possa talvolta rivelarsi problematico nella pratica, la giurisprudenza ha dimostrato che i due rimedi coesistono in modo soddisfacente. 30

B. Secondo paragrafo

31 Il secondo paragrafo ribadisce la ripartizione delle competenze tra autorità cantonali e federali in materia di assistenza giudiziaria internazionale (art. 16 cpv. 1 AIMP), specificando le competenze dell'UFG.

32 Più precisamente, questo paragrafo prevede che l'UFG sia responsabile di ricevere le richieste dall'estero e di presentare le richieste dalla Svizzera, di trattare le richieste di estradizione e di trasmettere alle autorità cantonali e federali competenti le richieste relative ad altri atti di assistenza giudiziaria, all'azione penale delegata e all'esecuzione delle decisioni, a meno che non siano manifestamente irricevibili.

33 Poiché il nostro commento all'articolo 16 dell'AIMP esamina in dettaglio la ripartizione delle competenze tra l'UFG e le autorità cantonali e federali, di seguito esamineremo solo le particolarità relative alle competenze dell'UFG, che possono essere ulteriormente approfondite.

1. Ricezione di richieste di assistenza giudiziaria dall'estero

34 Fatta salva la trasmissione diretta da parte dell'autorità richiedente all'autorità esecutiva federale o cantonale competente, l'UFG è competente a ricevere richieste di assistenza giudiziaria dall'estero.

35 Il canale diretto tra le autorità giudiziarie dipende principalmente dal "grado di prossimità degli ordinamenti giuridici e dal grado di distanza geografica". Questo canale è stabilito da diversi strumenti: gli accordi supplementari alla CECG, l'IIAP della CECG, la CISA e l'AAF. È inoltre ammissibile in casi urgenti. In linea di principio, quindi, per gli Stati europei, le autorità giudiziarie straniere possono inviare la loro richiesta direttamente all'autorità giudiziaria cantonale o federale richiesta. Tuttavia, va notato che il Regno Unito ha fatto una riserva all'articolo 4 del PAII CEEJ. Pertanto, le richieste provenienti da questo Paese devono essere inviate all'UFG e viceversa.

36 Quando la via diretta non è possibile o non è pratica, o quando l'UFG è competente, l'UFG, in qualità di Ufficio centrale svizzero, riceve le domande straniere. Questa procedura, nota anche come procedura ministeriale, è conosciuta come procedura standard.

In assenza di un trattato con la Svizzera che stabilisca tale canale, è necessario utilizzare il canale diplomatico. L'UFG riceve quindi la richiesta dall'autorità straniera attraverso i canali diplomatici. 37

Al ricevimento di una domanda straniera, l'UFG effettua un esame sommario dell'ammissibilità formale della domanda prima di delegarla - a meno che non sia manifestamente irricevibile - all'autorità cantonale o federale competente (art. 78 cpv. 2 AIMP). L'UFG ha anche la possibilità di rinviare la domanda allo Stato richiedente affinché possa essere modificata o completata (art. 78 cpv. 3 AIMP). In pratica, questa possibilità viene utilizzata solo se la domanda presenta un grave difetto. Si ritiene infatti che l'autorità cantonale o federale competente, responsabile dell'esecuzione della domanda, sia nella posizione migliore per richiedere le integrazioni necessarie. 38

La ricezione e la trasmissione non sono soggette a ricorso (art. 78 cpv. 4 AIMP). Analogamente, l'UFG non emette una decisione formale preliminare sulla questione della manifesta irricevibilità della domanda straniera e tale decisione non è impugnabile. 39

In casi urgenti, l'UFG è anche competente a ordinare autonomamente misure provvisorie, se necessario (art. 18 cpv. 2 AIMP). 40

2. Presentazione di richieste di assistenza svizzera all'estero

Quando le richieste svizzere sono presentate all'estero, l'UFG ne verifica la ricevibilità (art. 17 cpv. 2 e 3 lett. c in combinato disposto con l'art. 30 cpv. 1 AIMP). 41

In pratica, questo esame si limita a verificare se l'esposizione dei fatti corrisponde alla classificazione del reato cui si riferisce la domanda e, in generale, se è compatibile con l'AIMP. Ciò include il rispetto del principio di reciprocità (art. 8 EIMP), la cui conseguenza è che un'autorità svizzera non può richiedere misure che non possono essere ordinate da essa stessa in esecuzione di una richiesta straniera. Lo stesso vale se il reato a cui si riferisce la richiesta non dà luogo a un'assistenza reciproca da parte della Svizzera ai sensi dell'articolo 3 dell'EIMP. 42

Per quanto riguarda il canale di trasmissione delle richieste dalla Svizzera all'estero, si applicano mutatis mutandis le spiegazioni fornite nel capitolo precedente. Di conseguenza, l'UFG trasmetterà la richiesta attraverso il canale 43

ministeriale o quello diplomatico, mentre il canale diretto è riservato alle autorità giudiziarie.

44 Per il resto, si rimanda alle nostre considerazioni sull'articolo 16 dell'AIMP, che si applicano mutatis mutandis.

3. Trattamento delle richieste di estradizione

a. Trasmissione delle richieste di estradizione svizzere

45 Prima di trasmettere una richiesta formale di estradizione, l'UFG è competente, su richiesta dell'autorità cantonale o federale di perseguimento penale o di esecuzione, a trasmettere richieste di ricerca di persone.

46 La richiesta di ricerca deve essere inviata per iscritto dall'autorità svizzera all'Unità Estradizione dell'UFG. In casi urgenti è possibile una trasmissione elettronica anticipata. In casi urgenti, al di fuori dell'orario d'ufficio, la notifica può essere effettuata tramite la Centrale operativa di Fedpol. Il contenuto della richiesta è descritto in dettaglio nell'Aide-mémoire pour les recherches internationales de personnes en vue d'extradition.

47 Le richieste di ricerca vengono poi inoltrate dall'UFG direttamente allo Stato di residenza della persona, se il luogo di residenza è noto o presunto, oppure tramite la piattaforma del Sistema d'informazione Schengen (SIS) per i Paesi membri o tramite Interpol.

48 Una volta che la persona ricercata è stata arrestata, l'UFG è responsabile della presentazione della richiesta di estradizione all'estero entro i termini previsti. A tal fine, consiglia l'autorità svizzera competente nella preparazione dei documenti necessari.

b. Ricezione di richieste di estradizione estere

49 Per quanto riguarda la ricezione delle richieste di estradizione estere, si rimanda alle nostre considerazioni sull'articolo 16 dell'AIMP, che si applicano mutatis mutandis.

4. Trasmissione delle richieste straniere di assistenza giudiziaria alle autorità svizzere competenti

Salvo nei casi in cui è prevista (e seguita) la via diretta, l'UFG riceve le richieste straniere di assistenza giudiziaria (richieste relative ad altri atti di assistenza giudiziaria) e le trasmette, dopo un esame sommario dell'ammissibilità, per l'esecuzione alle competenti autorità di perseguimento penale cantonali e federali. 50

5. Azione penale per delega

Per quanto riguarda la delega dell'azione penale, si rimanda alle nostre considerazioni sull'articolo 16 dell'AIMP, che si applicano mutatis mutandis. 51

6. Esecuzione delle decisioni

Per quanto riguarda l'esecuzione delle decisioni penali, si rimanda alle nostre considerazioni sull'articolo 16 AIMP, che si applicano mutatis mutandis. 52

C. Terzo paragrafo

Il terzo paragrafo riguarda i poteri specifici dell'UFG in relazione a : 53

a. richiesta di una garanzia di reciprocità (art. 8 cpv. 1),

b. la scelta della procedura appropriata (art. 19) e

c. la ricevibilità di una domanda svizzera (art. 30 cpv. 1).

Fino alla revisione del 17 giugno 2005, le decisioni dell'UFG ai sensi di questo paragrafo potevano essere oggetto di un ricorso amministrativo al Dipartimento federale, che emetteva una sentenza definitiva. A partire dal 1° gennaio 2007, questo rimedio giuridico è stato sostituito dal ricorso al TPF, che decide in un'unica istanza. 54

1. Richiesta di garanzia di reciprocità

La prima lettera del paragrafo 3 conferisce all'UFG la facoltà di richiedere una garanzia di reciprocità se le circostanze lo richiedono. 55

Questo principio è "essenzialmente una promessa dello Stato richiedente allo Stato richiesto di fornire lo stesso tipo di assistenza in futuro se lo Stato richiesto lo richiede". 56

57 I trattati in genere non contengono una garanzia di reciprocità perché "il loro stesso scopo è quello di stabilire una cooperazione internazionale su una base stabile che dispensa da tali dichiarazioni"; "la garanzia di reciprocità risulta dal trattato". Pertanto, in linea di principio, la garanzia di reciprocità è necessaria solo in assenza di una base contrattuale tra lo Stato estero e la Svizzera.

58 L'art. 8 cpv. 1 AIMP ribadisce la competenza dell'UFG in materia, "se le circostanze lo richiedono", e stabilisce che in linea di principio una richiesta di assistenza giudiziaria sarà accolta solo se lo Stato richiedente garantisce la reciprocità (art. 8 cpv. 1 AIMP). L'articolo 8, paragrafo 2, dell'AIMP menziona, in modo non esaustivo, i casi in cui la garanzia di reciprocità non è necessaria, ossia quando è prevista la notifica o quando l'esecuzione della richiesta :

a. risulti necessaria a causa della natura dell'atto commesso o della necessità di combattere alcune forme di reato,

b. è in grado di migliorare la situazione della persona perseguita o le sue possibilità di reinserimento sociale, oppure

c. serve a chiarire un atto diretto contro un cittadino svizzero.

59 L'UFG dispone di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se è necessario richiedere una garanzia di reciprocità. Secondo la giurisprudenza, si può rinunciare a tale garanzia in particolare, ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a AIMP, per la repressione della criminalità organizzata e dei reati economici, nonché del riciclaggio di denaro e della corruzione.

60 Infine, va notato che, in base al principio di fiducia, l'UFG non deve verificare la competenza dell'autorità che rilascia la dichiarazione di reciprocità, salvo in caso di abuso manifesto.

2. Scelta della procedura appropriata

61 Ai sensi della seconda lettera del paragrafo 3, l'UFG è competente anche quando una domanda deve essere rivolta a uno Stato che offre la possibilità di scegliere tra più procedure.

62 Questa lettera dell'articolo 17, paragrafo 3, fa riferimento all'articolo 19 dell'AIMP, secondo il quale, se la persona perseguita si trova all'estero e la legge dello Stato a cui deve essere rivolta la richiesta offre la possibilità di

scegliere tra più procedure, viene privilegiata quella che sembra garantire il miglior reinserimento sociale. Questa scelta viene fatta sulla base di :

a. delle relazioni della persona ricercata con lo Stato richiesto e con la Svizzera,

b. della probabilità di espulsione dalla Svizzera,

c. della razionale amministrazione della giustizia, e d. di un giudizio complessivo in caso di reati multipli (art. 8 OEIMP).

3. Ammissibilità di una richiesta svizzera

La terza lettera del paragrafo 3 attribuisce all'UFG la competenza di pronunciarsi sull'ammissibilità di una domanda svizzera. 63

L'UFG effettua questo esame sulla base dell'art. 30 cpv. 1 AIMP ed esamina in particolare se la Svizzera potrebbe dare seguito a tale domanda se le fosse rivolta (principio di reciprocità). 64

Affinché l'UFG possa procedere a tale esame, l'autorità svizzera richiedente è tenuta a trasmettergli il fascicolo (art. 7 OIMP). 65

La decisione dell'UFG di non presentare una richiesta di assistenza giudiziaria può essere impugnata dall'autorità penale cantonale (art. 25 cpv. 3 AIMP) presso il TPF. Secondo la giurisprudenza, anche l'autorità penale federale può ricorrere contro la decisione dell'UFG di non presentare una richiesta. 66

D. Quarto paragrafo

Ai sensi del quarto paragrafo, l'UFG, dopo aver effettuato un esame sommario della richiesta e aver verificato che non sia manifestamente irricevibile (art. 17 cpv. 2 AIMP), può decidere, in qualità di autorità centrale, di affidare l'esecuzione di tutta o parte di una procedura di assistenza giudiziaria all'autorità federale che sarebbe competente se il reato fosse stato commesso in Svizzera, fatti salvi i casi in cui l'UFG è esso stesso competente a trattare la richiesta di assistenza giudiziaria. 67

A tal fine, l'UFG fa riferimento agli articoli 22 e seguenti del Codice penale svizzero, che delimitano le competenze della Confederazione e dei Cantoni, e in particolare agli articoli 23 e 24 del Codice penale svizzero, che determinano la competenza federale per alcuni reati previsti dal CP. Come si 68

evince dal termine "può" L'articolo 17, paragrafo 4, dell'AIMP e l'articolo 79, paragrafo 2, dell'AIMP sono potestativi per la loro natura organizzativa, in quanto regolano solo il rapporto tra l'UFG e le autorità di esecuzione. Di conseguenza, l'UFG non è vincolato dalle disposizioni del CCP quando decide di affidare l'esecuzione di una richiesta a un'autorità federale o cantonale e dispone quindi di un ampio margine di discrezionalità. Anche per questo motivo, la decisione dell'UFG di delegare l'esecuzione all'autorità esecutiva non può essere impugnata separatamente (art. 14 OEIMP).

69 La decisione dell'UFG di designare l'autorità responsabile del procedimento è definitiva e non può essere impugnata né separatamente né congiuntamente alla decisione di chiusura del procedimento (art. 79 cpv. 4 AIMP).

E. Quinto paragrafo

70 Ai sensi di questo ultimo paragrafo, l'UFG è competente a decidere sull'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria e sulla sua esecuzione ai sensi dell'articolo 79a AIMP.

71 Ai sensi dell'articolo 79a dell'OIMP, l'UFG "può decidere in merito all'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria e delegare l'esecuzione a un'autorità cantonale o decidere esso stesso in merito all'esecuzione ...":

a. quando la richiesta richiede indagini in più Cantoni,

b. se l'autorità cantonale competente non è in grado di prendere una decisione entro un termine ragionevole,

c. in casi complessi o di particolare importanza".

1. La richiesta richiede indagini in più cantoni

72 Ai sensi dell'articolo 79a, lettera a), dell'AIMP, l'UFG può pronunciarsi sull'ammissibilità dell'assistenza giudiziaria e delegare l'esecuzione a un'autorità cantonale o pronunciarsi esso stesso sull'esecuzione quando la richiesta richiede indagini in più Cantoni.

73 In pratica, l'UFG non si è mai avvalso di questa possibilità e pertanto il paragrafo rimane tuttora lettera morta.

2. Mancata decisione entro un termine ragionevole

L'UFG può anche decidere di pronunciarsi autonomamente sull'esecuzione della domanda se l'autorità cantonale competente non è in grado di prendere una decisione entro un termine ragionevole. 74

A questo proposito, va notato che il principio di celerità è sancito dal successivo articolo della legge sull'assistenza giudiziaria, l'articolo 17a cpv. 1 AIMP, che impone all'autorità di prendere una decisione "senza indugio". Non è previsto un limite di tempo per l'emissione di un ordine. 75

Nel campo dell'assistenza giudiziaria, è complesso valutare il rispetto del principio di celerità, in quanto esso varia a seconda della complessità della richiesta di assistenza, ad esempio delle misure di assistenza richieste e degli scambi con l'autorità richiedente eventualmente necessari per l'esecuzione della richiesta. Secondo la dottrina, "dopo un periodo di sei mesi, tuttavia, l'Ufficio federale deve essere interessato e chiedere spiegazioni". L'autorità di ricorso, da parte sua, deve fare in modo di prendere una decisione entro "un massimo di tre mesi". 76

Nei casi di estradizione, in cui è in gioco la libertà delle persone, l'UFG, in quanto autorità di esecuzione, e le autorità di ricorso devono prendere una decisione entro giorni o addirittura settimane dalla richiesta. 77

Va notato che le spese sostenute dalla Confederazione ai sensi dell'articolo 79a let. b OEIMP sono a carico del Cantone (art. 13 al. 1bis OEIMP). 78

3. Casi complessi o di particolare importanza

Infine, l'UFG può decidere di pronunciarsi in casi complessi o di particolare importanza. 79

A titolo esemplificativo, si può citare il caso della fregata, che si inseriva "in un quadro di corruzione pubblica franco-taiwanese" e in cui l'UFG ha assunto la procedura di assistenza giudiziaria su richiesta del Giudice istruttore federale ("JIF") sulla base dell'articolo 79a let. c AIMP. 80

Un altro esempio è il caso Abacha, un caso di assistenza giudiziaria basato su un'indagine penale delle autorità nigeriane sulla malversazione di fondi pubblici sotto il regime dell'ex capo di Stato Sani Abacha. In questo caso, l'UFG ha rilevato la procedura di assistenza giudiziaria sulla base della stessa 81

disposizione, nella misura in cui il procedimento riguardava una "persona politicamente esposta" o "PEP", in questo caso un ex capo di Stato.

LETTURE CONSIGLIATE

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Ludwiczak Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

BIBLIOGRAFIA

Bühlmann Doris, Kommentierung zu Art. 17 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Harrison Lisa, Kommentierung zu Art. 16 IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/irsg16.

Nations Unies, Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC), Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, New York, 2012.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 17a AIMP

Un commentario di Kastriot Lubishtani / Hélène Rodriguez-Vigouroux

CITAZIONE SUGGERITA

Kastriot Lubishtani/Hélène Rodriguez-Vigouroux, Commentario all`art. 17a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Lubishtani/Rodriguez-Vigouroux, art. 17a AIMP N. XXX.

Art. 17*a* Obbligo di celerità

[1] L'autorità competente tratta le domande con celerità. Essa decide senza indugio.

[2] A domanda dell'UFG, lo informa sullo stato del procedimento, sui motivi di un eventuale ritardo e sulle misure prospettate. In caso di ritardo ingiustificato, l'UFG può intervenire presso l'autorità di vigilanza competente.

[3] Qualora l'autorità competente neghi o ritardi senza motivo una decisione, il suo silenzio equivale a una decisione negativa impugnabile.

STRUTTURA

I. Base e genesi dell'art. 17a AIMP 117
II. Obbligo di agire tempestivamente (par. 1) 117
A. Concetto e ambito di applicazione concreto 118
B. Autorità competente 119
C. Beneficiari 119
D. Attuazione nella legislazione e nella giurisprudenza 120
III. Obbligo di informazione e diritto di intervento dell'UFG (par. 2) 122
IV. Equiparazione di un diniego di giustizia a una decisione negativa (cpv. 3) 122
Bibliografia 123

I. BASE E GENESI DELL'ART. 17A AIMP

L'articolo 17a AIMP reca la nota marginale "obligation de célérité" ("Gebot der raschen Erledigung"; "obbligo di celerità"). Per quanto riguarda l'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, essa concretizza la garanzia convenzionale e costituzionale del diritto a un processo equo, ai sensi dell'articolo 6 § 1 della CEDU, dell'articolo 14 cpv. 3 del Patto ONU II e dell'articolo 29 cpv. 1 della Costituzione svizzera, nella sua dimensione temporale. Queste garanzie si riferiscono precisamente al diritto di ogni individuo di essere ascoltato "entro un termine ragionevole" e, come corollario, al divieto di negare la giustizia, secondo l'adagio "Giustizia ritardata è giustizia negata". In questo modo, il principio di celerità ("Beschleunigungsgebot"; "imperativo di celerità") è sancito dall'AIMP. Tale principio trova il suo corrispettivo anche nella procedura penale, all'art. 5 CPP. 1

L'art. 17a dell'AIMP non compariva nella legge quando è entrata in vigore il 1° gennaio 1983. Solo con la revisione del 1° gennaio 1997, il principio della spedizione è stato inserito nell'AIMP. Da allora, questa disposizione non è stata oggetto di alcuna modifica legislativa. 2

Dal punto di vista della ratio legis, l'art. 17a dell'IMA ha il duplice scopo di sottolineare l'urgenza e l'importanza dell'assistenza internazionale reciproca. Il principio di spedizione svolge quindi un ruolo cardinale nel conciliare due imperativi della cooperazione internazionale: da un lato, l'efficienza e la rapidità nel trattare una richiesta di assistenza giudiziaria per fornire allo Stato richiedente le informazioni necessarie; dall'altro, il rispetto dei diritti delle persone interessate, dato che l'assistenza giudiziaria costituisce un "notevole rallentamento" reso necessario "dall'ostacolo delle frontiere statali", che i criminali non affrontano. 3

II. OBBLIGO DI AGIRE TEMPESTIVAMENTE (PAR. 1)

Ai sensi dell'art. 17a par. 1 dell'EIMP, l'autorità competente è tenuta a trattare le richieste "rapidamente" e a prendere una decisione "senza indugio". Questa disposizione stabilisce espressamente l'obbligo di agire tempestivamente. 4

A. Concetto e ambito di applicazione concreto

5 Sebbene preveda che l'autorità debba agire "rapidamente" e decidere "senza indugio", l'art. 17a cpv. 1 AIMP non definisce un quadro più preciso e non stabilisce un "termine" che non possa essere superato. A questo proposito, l'Assemblea federale ha deciso di non introdurre un termine di 9 mesi, entro il quale l'autorità avrebbe dovuto, di norma, prendere una decisione. Il legislatore ha ritenuto che tale termine potesse apparire sia troppo lungo per i casi semplici sia troppo breve per i casi complessi, cosicché l'introduzione di un termine legale potrebbe avere l'effetto opposto a quello desiderato.

6 Poiché il legislatore ha deliberatamente rifiutato di introdurre un termine di principio nell'art. 17a dell'IMA, la giurisprudenza ritiene che il rispetto del principio di celerità debba essere valutato in concreto. Secondo il Tribunale federale, è necessario effettuare una valutazione complessiva della situazione, tenendo conto di tutte le circostanze del caso e in particolare del grado di complessità del caso, del comportamento della persona oggetto del procedimento e di quello delle autorità straniere competenti. Nell'ambito di questo esame, l'autorità non può trarre vantaggio da una cattiva organizzazione o da un sovraccarico strutturale per giustificare la lentezza della procedura che deve essere portata avanti, anche se sono ammissibili "tempi morti" inevitabili che non possono essere addebitati all'autorità.

7 A titolo di esempio, il Tribunale federale ha riscontrato una grave violazione del principio di celerità in un caso in cui erano trascorsi 7,5 anni tra la richiesta di assistenza giudiziaria (5 luglio 2001) e la decisione dell'UFG (31 dicembre 2008), sottolineando che l'UFG era rimasto inattivo per oltre 3 anni dopo aver ricevuto i documenti richiesti dall'autorità richiedente. In un altro caso, l'Alta Corte ha ritenuto che si trattasse di un caso limite (Grenzfall) e ha negato che vi fosse stata una violazione del principio di celerità, pur definendo insolitamente lungo il periodo di due anni intercorso tra la presentazione del ricorso al Tribunale penale federale (28 settembre 2020) e la decisione di quest'ultimo (11 novembre 2022).

8 In generale, nell'ambito di una procedura di estradizione (art. 32 e segg. AIMP), il principio di celerità è considerato violato se la durata della detenzione a fini estradizionali supera la pena detentiva che la persona estradabile può aspettarsi. In caso di sequestro, il principio di spedizione non consente di mantenerlo se l'autorità competente non conduce il

procedimento in conformità con l'articolo 17a AIMP, precisando che in tale contesto entra in gioco anche la garanzia patrimoniale (articolo 26 Cost.).

B. Autorità competente

L'obbligo di agire tempestivamente è rivolto all'"autorità competente". Ciò significa che, da un lato, il principio deve essere rispettato in tutte le fasi della procedura di assistenza giudiziaria e, dall'altro, è vincolante per tutte le autorità svizzere, sia quelle di prima istanza che quelle di appello, sia cantonali che federali. Ne consegue che l'UFG, come il Tribunale federale, è vincolato da questo obbligo, in particolare in materia di estradizione. 9

D'altra parte, l'art. 17a AIMP non si estende all'autorità richiedente, poiché qualsiasi reclamo che quest'ultima abbia violato il principio di celerità deve essere presentato alle autorità competenti dello Stato estero. La Svizzera non è quindi responsabile di una violazione del principio di celerità da parte dello Stato richiedente nel procedimento penale che sta conducendo. Detto questo, tale violazione può essere sollevata nel contesto di un procedimento di assistenza giudiziaria svizzero, ma solo in misura limitata in relazione all'art. 2 dell'AIMP, se questo entra in gioco. Inoltre, la giurisprudenza richiede che il ritardo nel procedimento penale nello Stato estero sia contrario all'ordine pubblico e costituisca quindi una grave violazione del diritto a un processo equo o un diniego di giustizia. 10

C. Beneficiari

Rivolgendosi all'autorità competente, l'obbligo di agire rapidamente ha come corollario il diritto della persona interessata dalla misura di assistenza giudiziaria rivolta alla Svizzera a che il suo caso sia trattato il più rapidamente possibile, nella misura in cui l'articolo 17a AIMP è la traduzione normativa di un diritto costituzionale e convenzionale dei diritti umani (N. 1). In questo contesto, è essenziale ricordare che l'assistenza giudiziaria fa parte dei procedimenti penali condotti all'estero, nei quali la persona interessata ha il diritto di essere ascoltata entro un termine ragionevole (art. 6 § 1 CEDU; art. 14 cap. 3 Patto ONU II). Per questo motivo l'assistenza reciproca deve essere fornita rapidamente. 11

Detto questo, il principio di celerità ha un altro aspetto, in quanto il suo obiettivo primario è quello di garantire che lo Stato richiedente esegua 12

prontamente la sua richiesta di assistenza giudiziaria. Nella sua giurisprudenza, il Tribunale federale afferma che l'autorità richiedente non deve subire un ritardo imputabile esclusivamente all'autorità svizzera di esecuzione. Facendo riferimento alla giurisprudenza sull'assistenza amministrativa, che si applica mutatis mutandis nel campo dell'assistenza giudiziaria in materia penale, il Tribunale penale federale osserva inoltre che lo svolgimento dei procedimenti con celerità "deriva sia dall'impegno svizzero di non ritardare lo scambio di informazioni - per non comprometterne l'efficacia - sia dal diritto interno, che prevede che i procedimenti di assistenza debbano essere condotti con diligenza". La rapida esecuzione delle decisioni relative all'assistenza giudiziaria internazionale costituisce un interesse pubblico in questo senso. In questo contesto, il principio di celerità è complementare a quello di buona fede, in quanto la Svizzera deve adempiere ai propri obblighi internazionali nel miglior modo possibile, in particolare per quanto riguarda il rispetto delle scadenze. Pertanto, un ritardo nel procedimento o anche una grave violazione del principio di celerità non possono essere sanzionati con il rigetto della richiesta di assistenza giudiziaria, poiché la Svizzera rimane obbligata a concedere l'assistenza richiesta, dato che lo scopo della procedura di assistenza giudiziaria è promuovere la cooperazione interstatale in materia penale. Se il procedimento non viene chiuso, devono essere adottate le misure previste dall'art. 17a cpv. 2 e dall'art. 79a EIMP, nonché, se del caso, quelle relative alla sorveglianza o all'alta sorveglianza.

D. Attuazione nella legislazione e nella giurisprudenza

13 Il principio di spedizione viene attuato in vari modi nella legislazione e nella giurisprudenza.

14 Innanzitutto, a livello legislativo, il principio di celerità si concretizza essenzialmente nei termini brevi che scandiscono la rapidità con cui deve essere svolta la procedura di assistenza giudiziaria, sia davanti all'autorità di prima istanza sia davanti al Tribunale federale. 12 cpv. 2 e 46 cpv. 2 lett. d LTF); inoltre, non vi è alcun effetto sospensivo in caso di ricorso di principio (art. 21 cpv. 4 prima frase AIMP e art. 103 cpv. 1 LTF), ad eccezione dei casi menzionati nell'art. 21 cpv. 4 seconda frase AIMP e nell'art. 103 cpv. 2 LTF. Inoltre, il termine per presentare ricorso al Tribunale federale è di 10 giorni (art. 102 cpv. 2 lett. b LTF); infine, il legislatore ha fissato a 15 giorni il termine

entro il quale l'Alta Corte può emettere una sentenza di irricevibilità a partire dalla fine dello scambio di memorie tra le parti. Tuttavia, questo termine non si applica quando "il procedimento di estradizione riguarda una persona la cui domanda di asilo non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva entrata in vigore" (art. 107 cpv. 3 LCStr).

Le espressioni del principio di celerità nella legge vanno oltre la mera questione dei termini. Ad esempio, l'autorità di esecuzione deve adottare "immediatamente" le misure provvisorie necessarie ai sensi dell'art. 18 dell'AIMP. Inoltre, può ricorrere all'assistenza reciproca in senso stretto (art. 80c AIMP) e all'estradizione semplificata (art. 54 AIMP) se la persona interessata acconsente. Inoltre, l'assenza di un ricorso "incidentale" nell'ambito della trasmissione di informazioni o documenti segreti (art. 80e cpv. 1 AIMP) contribuisce all'attuazione del principio di rapidità, "concentrando i ricorsi alla fine della procedura", fatte salve le eccezioni previste dall'art. 80e cpv. 2 AIMP. Infine, Ludwiczak Glassey sottolinea che le disposizioni sull'assistenza giudiziaria dinamica (artt. 18b e 80dbis e segg. AIMP) sono "parte di un obiettivo generale di celerità", nella misura in cui questi strumenti "permettono di accelerare un certo uso (limitato) di documenti da parte dell'autorità richiedente prima della fine della procedura di assistenza giudiziaria", anche se non accelerano la procedura. 15

Nella giurisprudenza successiva, il principio di celerità è stato applicato anche alla questione dei termini. Così, un termine di 10 giorni si applica alla parte tenuta a pagare un anticipo sulle spese. Il termine è di 10 giorni anche per il diritto di replica. Tuttavia, previo rifiuto, il diritto di replica può essere prorogato di 7 giorni. 16

Inoltre, la giurisprudenza ritiene che una sospensione del procedimento da parte delle autorità svizzere possa essere contraria al principio di speditezza e quindi comportare il rifiuto di una richiesta in tal senso. Tale rifiuto è giustificato in particolare quando la richiesta di sospensione si basa su un'istanza presentata alla Corte europea dei diritti dell'uomo e mira a sospendere la decisione dell'autorità di esecuzione fino alla decisione della Corte di Strasburgo, che non è prevista a breve termine. Lo stesso vale per la richiesta di sospensione in attesa dell'esito di un procedimento parallelo nello Stato richiedente. Inoltre, nel caso in cui due richieste di estradizione parallele siano presentate alla Svizzera da due Stati, la Svizzera non è obbligata, secondo la giurisprudenza, a decidere su entrambe le richieste 17

contemporaneamente. Dopo aver stabilito, alla luce dei criteri giuridici, quale Paese debba avere la priorità per l'estradizione, l'UFG esamina l'ammissibilità della richiesta presentata da tale Stato. Se la richiesta viene accettata, l'UFG è giustificato a darvi seguito senza indugio, in applicazione del principio di celerità.

18 Il principio di tempestività comporta anche dei doveri per la persona interessata dalla misura di assistenza giudiziaria. In particolare, quest'ultima deve partecipare alla selezione dei documenti quando la richiesta di assistenza riguarda la consegna di prove, nel senso che deve specificare all'autorità di esecuzione quali documenti ritiene non debbano essere consegnati e per quali motivi. L'inosservanza di tale obbligo comporta la decadenza del diritto.

III. OBBLIGO DI INFORMAZIONE E DIRITTO DI INTERVENTO DELL'UFG (PAR. 2)

19 Tra i compiti dell'UFG vi è quello di garantire la corretta applicazione dell'AIMP ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 frase 3. AIMP. Nell'ambito di questo ruolo, deve garantire il rispetto del principio di speditezza. Il legislatore ha quindi previsto, all'art. 17a al. 2, primo periodo. AIMP che, su richiesta dell'UFG, l'autorità di esecuzione lo informi sullo stato della procedura, sui motivi di eventuali ritardi e sulle misure previste. Inoltre, l'UFG può intervenire presso l'autorità di vigilanza competente in caso di ritardo ingiustificato (art. 17a cpv. 2 frase 2 EIMP). Se l'UFG è l'autorità competente, il Consiglio federale è l'autorità di vigilanza (art. 187 cpv. 1 lett. a Cost. e art. 8 cpv. 3 LOGA).

IV. EQUIPARAZIONE DI UN DINIEGO DI GIUSTIZIA A UNA DECISIONE NEGATIVA (CPV. 3)

20 Ai sensi dell'art. 17a cpv. 3 AIMP, se "l'autorità competente, senza motivo, rifiuta di pronunciarsi o tarda a farlo, il suo atteggiamento è assimilato a una decisione negativa soggetta a ricorso". In questo modo, il legislatore assimila il diniego di giustizia a una decisione negativa e apre un mezzo di ricorso esplicito contro di essa. In questo modo, il legislatore ha inteso consentire all'UFG, in qualità di autorità di controllo e di parte in causa, di intervenire più efficacemente in caso di diniego di giustizia.

BIBLIOGRAFIA

Dang Martine/Nguyen Minh Son, Art. 29, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'État requérant, in : Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (édit.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, 77 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, Chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis).

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Bâle 2024.

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Steinmann Gerold/Schindler Benjamin/Wyss Damian, Art. 29, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4ème éd., St.-Gall 2023.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5ème éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 32 AIMP

Un commentario di Andrés Payer

CITAZIONE SUGGERITA

Andrés Payer, Commentario all'art. 32 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Payer, art. 32 AIMP N. XXX.

Parte seconda: Estradizione

Capitolo 1: Condizioni

Art. 32 Stranieri

Gli stranieri possono essere consegnati a uno Stato estero a scopo di perseguimento penale o di esecuzione di una sanzione restrittiva della libertà a cagione di atti ch'esso può reprimere, se questo Stato chiede l'estradizione o, a domanda della Svizzera, assume il perseguimento penale o l'esecuzione della decisione penale.

STRUTTURA

I. Cronistoria 127
II. Contesto della disposizione. Significati e ratio dell'estradizione 127
III. Contenuto normativo nel dettaglio 128
A. Concretizzazione del concetto di estradizione 129
B. Formulazione dei primi requisiti per l'estradizione 129
1. Stranieri 129
2. Consegna a un altro Stato 131
3. Reato 132
4. Scopo della consegna: perseguimento penale o esecuzione di una sanzione privativa della libertà 135
5. Richiesta 136
Bibliografia 136
I materiali 139

I. CRONISTORIA

L'articolo 32 dell'AIMP è entrato **in vigore** il 1° gennaio 1983 con la legge sull'assistenza giudiziaria. Da allora è rimasto invariato. 1

L'**estradizione** di presunti o condannati da un sovrano (oggi: Stato) a un altro, oggetto dell'articolo 32 segg. AIMP, è la forma originaria dell'assistenza giudiziaria penale e ha una lunga **storia**, di cui qui verrà delineata solo la parte moderna. Particolarmente noto, anche se non è il primo, è il principio «aut dedere aut punire» (o estradare o punire) postulato da Grotius nel XVII secolo. A partire dal XVIII secolo, i paesi europei hanno iniziato a stipulare tra loro trattati di estradizione che fungevano da base giuridica per tali estradizioni. Nel XIX secolo sono state introdotte le prime leggi sull'estradizione per impedire che gli Stati diventassero luoghi di rifugio per i criminali. La Svizzera ha approvato una legge di questo tipo nel 1892, che è rimasta in vigore fino all'entrata in vigore dell'AIMP. 2

L'articolo 1 della legge sull'estradizione del 1892 può essere considerato come **predecessore** dell'articolo 32 AIMP. Nel suo messaggio del 1976, il Consiglio federale sembra aver ritenuto che l'articolo 28 E-AIMP (in seguito articolo 32 AIMP) non comportasse alcuna modifica rispetto al diritto precedente. 3

II. CONTESTO DELLA DISPOSIZIONE. SIGNIFICATI E RATIO DELL'ESTRADIZIONE

L'art. 32 AIMP segna l'inizio della **seconda parte della legge sull'assistenza giudiziaria**, che disciplina l'estradizione. Ancora nel 1976 il Consiglio federale affermava che essa doveva essere considerata «la forma più importante di cooperazione internazionale». Ciò spiega anche la sua posizione di rilievo tra le forme di assistenza giudiziaria nella sistematica dell'AIMP. L'estradizione continua a svolgere un ruolo importante nella prassi svizzera in materia di assistenza giudiziaria. Essa è anche la misura più incisiva per la persona interessata nel campo dell'assistenza giudiziaria e una peculiarità dell'assistenza giudiziaria in materia penale: l'assistenza giudiziaria in materia civile e amministrativa non prevede il trasferimento coatto di una persona in un altro Stato. Solo la gravità dell'accusa di comportamento punibile (al di sopra di una certa soglia) può giustificarla. Non è quindi un caso che l'estradizione sia anche definita «grande assistenza giudiziaria». 4

5 La **ratio dell'estradizione** è, da un lato, la stessa delle altre forme di assistenza giudiziaria penale: sostenere gli altri Stati nella lotta alla criminalità. Non si tratta certo di puro altruismo, poiché per il sostegno è richiesta anche la reciprocità (cfr. art. 8 AIMP), ovvero ci si aspetta un sostegno corrispondente in caso di necessità (do ut des). In secondo luogo, l'estradizione risponde in modo specifico all'interesse della Svizzera a non ospitare persone potenzialmente pericolose che si presume abbiano commesso reati all'estero e a non diventare un rifugio privilegiato per i criminali stranieri. Dal punto di vista dello Stato al quale deve essere consegnato il ricercato, la procedura consente di assicurare il colpevole alla giustizia e di ottenere un effetto di prevenzione generale (ratio della consegna).

6 Nella seconda parte dell'AIMP, l'art. 32 si trova all'inizio del **capitolo 1**, che disciplina i presupposti dell'estradizione. L'art. 32 AIMP riprende il privilegio nazionale previsto dall'art. 7 cpv. 1 AIMP in materia di estradizione, in quanto, secondo il suo testo, possono essere estradati solo gli «stranieri» (cfr. N. 13 segg.), e prescrive il motivo di estradizione concretizzato dall'art. 35 AIMP di un determinato reato (reato passibile di estradizione) (cfr. N. 22 segg.).

7 Come tutte le altre procedure di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, l'estradizione è soggetta alle **disposizioni generali della legge sull'assistenza giudiziaria** (art. 1 segg. AIMP).

8 Occorre tenere conto del **rapporto** tra l'art. 32 AIMP **e le disposizioni dei trattati internazionali e del diritto cantonale**. Ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 lett. a AIMP, le disposizioni contenute in accordi internazionali (accordi di assistenza giudiziaria o di estradizione) prevalgono sulla seconda parte dell'AIMP e quindi anche sul suo art. 32. Gli art. 32 segg. AIMP prevalgono a loro volta sul diritto cantonale (art. 49 cpv. 1 Cost. federale della Confederazione Svizzera [Cost.]).

III. CONTENUTO NORMATIVO NEL DETTAGLIO

9 All'articolo 32 dell'AIMP possono essere attribuite due **funzioni**: da un lato, la norma contribuisce a chiarire il concetto di estradizione nel diritto vigente (A.), dall'altro stabilisce i presupposti fondamentali per l'estradizione (B.), che sono integrati dagli articoli successivi della legge sull'assistenza giudiziaria.

L'art. 32 AIMP è formulato come **«disposizione facoltativa»**; non costituisce un obbligo di estradizione (per i motivi dell'estradizione cfr. N. 5). L'art. 32 AIMP riflette quindi il principio contenuto nell'art. 1 cpv. 4 AIMP, secondo cui dalla legge sull'assistenza giudiziaria non può essere dedotto alcun diritto alla cooperazione. Un obbligo di estradizione può tuttavia derivare da accordi internazionali (cfr. N. 8). 10

A. Concretizzazione del concetto di estradizione

L'articolo 32 AIMP consente di trarre conclusioni sul concetto di estradizione su cui si basa la legge sull'assistenza giudiziaria. Come ha spiegato il Consiglio federale nel suo messaggio del 1976 relativo a questa legge, sotto il regime della legge sull'estradizione del 1892 «estradare» significava «consegnare la persona perseguita allo Stato richiedente per essere perseguita penalmente o per l'esecuzione della pena per fatti che sono soggetti alla giurisdizione (originaria) di tale Stato». Ai sensi della legge sull'assistenza giudiziaria, si tratta sempre della consegna di una persona a un altro Stato per l'esecuzione di un procedimento penale o di una pena per fatti che quest'ultimo può punire. In conformità con le convenzioni europee, l'estradizione è ora anche uno strumento per il trasferimento (coercitivo) della persona perseguita **allo Stato richiedente l'assunzione dell'esecuzione del procedimento penale o della pena**. Ciò risulta dal testo dell'articolo 32 in fine dell'AIMP e dai relativi materiali. L'iniziativa per l'estradizione all'estero non deve quindi provenire dall'estero e la sua giurisdizione penale non deve essere originaria (parola chiave: amministrazione sostitutiva della giustizia penale). 11

B. Formulazione dei primi requisiti per l'estradizione

Dal testo dell'articolo 32 dell'AIMP si possono dedurre i seguenti primi requisiti per l'estradizione, integrati dalle successive disposizioni di legge: 12

1. Stranieri

In primo luogo, la persona interessata deve essere fondamentalmente uno *straniero*. Ciò risulta sia dal titolo che dal testo dell'articolo 32 AIMP in tutte e tre le lingue ufficiali. Il fatto che in linea di principio possano essere estradati solo gli stranieri – il cosiddetto **privilegio degli aventi la cittadinanza** – risulta inoltre dall'articolo 25 cpv. 1 seconda parte della frase Cost. e dall'articolo 7 capoverso 1 AIMP. 13

14 Da queste due ultime disposizioni si evince che per la possibilità di estradizione non è determinante il possesso della cittadinanza straniera (del Paese richiedente o di un altro Paese), bensì la **mancanza della cittadinanza svizzera**. Ai sensi dell'articolo 32 AIMP, è quindi straniero chiunque non possieda la cittadinanza svizzera (ai sensi della LCin) (nozione puramente negativa). I cittadini svizzeri con doppia o multipla cittadinanza non sono quindi stranieri ai sensi di questa disposizione, mentre lo sono gli apolidi e le persone con permesso di soggiorno o di domicilio in Svizzera o con lo status di rifugiato.

15 È determinante il **momento** in cui vengono valutati i requisiti per l'estradizione o in cui ha luogo l'esecuzione dell'estradizione (e non il momento in cui è stato commesso il reato). Chi ha perso la cittadinanza svizzera prima della decisione di estradizione può quindi essere estradato, ma non chi l'ha acquisita (anche immediatamente) prima della decisione o dell'estradizione prevista. Di conseguenza, occorre tenere conto anche dell'acquisizione o della perdita della cittadinanza svizzera dopo la prima decisione nel procedimento di ricorso.

16 Contrariamente a quanto potrebbe suggerire il testo dell'articolo 32 AIMP, l'**estradizione di cittadini svizzeri** non è esclusa di per sé, ma è possibile se questi acconsentono all'estradizione (art. 25 cpv. 1 seconda parte della frase Cost.; art. 7 cpv. 1 AIMP; cfr. anche art. 54 AIMP). In questo caso valgono peraltro le stesse condizioni per l'estradizione.

17 Altri casi in cui i cittadini svizzeri possono essere consegnati all'estero sono il **trasferimento alla Corte penale internazionale** (cfr. art. 16 cpv. 3 della legge federale sulla collaborazione con la Corte penale internazionale [CPCI]), il **transito** (art. 7 cpv. 2, art. 20*a* AIMP), il **rimpatrio** (art. 7 cpv. 2 AIMP) e il **trasferimento** – temporaneo – ai sensi dell'art. 70 AIMP, nel qual caso deve essere garantito il libero transito (art. 70 cpv. 1 AIMP). Anche l'art. 101 AIMP parla di trasferimento, nel contesto del trasferimento dell'esecuzione penale all'estero, sebbene in questo caso non vi sia alcun motivo apparente per non parlare di estradizione. Mentre il transito e la restituzione sono tradizionalmente intesi come tipi speciali di estradizione, il legislatore e la maggior parte della letteratura vogliono separare chiaramente, dal punto di vista terminologico e concettuale, il trasferimento alla Corte penale internazionale dall'estradizione. Ciò apparentemente soprattutto per eludere

il requisito costituzionale secondo cui i cittadini svizzeri non possono essere estradati senza il loro consenso (art. 25 cpv. 1 Cost.).

2. Consegna a un altro Stato

In secondo luogo, la consegna deve avvenire a un *altro Stato*. Secondo il testo della legge, non è quindi possibile alcuna «estradizione» ai sensi dell'AIMP a autorità svizzere interne – come suggeriscono già il titolo e il contesto dell'AIMP –, a comunità non costituite come Stati o a organizzazioni inter o sovranazionali (cfr. tuttavia N. 20 per tali organizzazioni). Tuttavia, nella causa TPF 2008 61, il Tribunale penale federale ha approvato l'estradizione alla Missione di amministrazione provvisoria delle Nazioni Unite in Kosovo. Si è trattato di un caso speciale, in quanto la suddetta autorità deteneva il potere amministrativo sul Kosovo (compresa la giustizia). 18

La **costituzione come Stato** presuppone, secondo la dottrina dei tre elementi riconosciuta dal diritto internazionale, un territorio statale, un popolo e il potere statale. Secondo la prassi svizzera, non è necessario che lo Stato richiedente sia riconosciuto a livello internazionale come Stato; la Svizzera non è nemmeno tenuta a riconoscerlo come tale, poiché il riconoscimento ha solo un effetto dichiarativo. 19

La modifica dell'articolo 1 AIMP, entrata in vigore il 1° giugno 2021, solleva la questione se l'articolo 32 AIMP sia applicabile per analogia anche ai **tribunali internazionali o ad altre istituzioni intergovernative o sovranazionali** (cfr. articolo 1 cpv. 3^{bis} e 3^{ter} AIMP). Il messaggio relativo a tale modifica lo conferma: «L'apertura dell'articolo 1 AIMP ha [...] come conseguenza non solo una maggiore flessibilità nell'assistenza giudiziaria, ma anche una maggiore cooperazione nel settore dell'«estradizione» [...].» Per quanto riguarda la Corte penale internazionale, occorre tuttavia tenere conto dell'AIMP come lex specialis. La consegna di una persona da parte della Svizzera alla Corte penale internazionale è regolata esclusivamente da questa legge più specifica e non costituisce quindi un'estradizione, ma un *trasferimento* (cfr. N. 17). 20

Poiché l'art. 32 AIMP parla di *«consegna»*, si presuppone implicitamente che la **persona interessata si trovi nel territorio nazionale**. 21

3. Reato

22 In terzo luogo, la consegna deve avvenire sulla base di un *atto punibile dallo Stato ospite.* Mentre il testo della legge italiana, come quello tedesco, parla di «atti», quello francese, con «infraction», include già la violazione della legge, ma è più aperto riguardo al tipo di violazione, poiché può includere anche l'omissione. Tuttavia, anche i «fatti» o «atti» di cui all'art. 32 AIMP sono da intendersi in senso ampio, comprendente sia l'azione che l'omissione. Questa interpretazione è in linea con l'articolo 35 AIMP, che stabilisce quali caratteristiche deve avere il reato e parla di «[D]elitti» e «reati» («infractions»/«reati») senza prevedere una limitazione ai reati commessi.

23 Nella misura in cui l'articolo 32 AIMP richiede che l'altro Stato *«possa punire»* («a le droit de connaître de»/«può reprimere») l'atto in questione, ciò significa che esso deve avere *la giurisdizione penale (potere punitivo)* su di esso, in entrambi i sensi del termine: da un lato, deve avere la legittimazione internazionale a perseguire penalmente l'atto *(ius puniendi)*, ossia deve potersi basare su un principio di collegamento riconosciuto dal diritto internazionale (principio di territorialità, principio della bandiera o dell'immatricolazione, principio di personalità attiva o passiva, principio di protezione dello Stato o principio di universalità) o su un altro fondamento riconosciuto dal diritto internazionale (in particolare il principio della giurisdizione penale sostitutiva). Ciò trova la sua migliore espressione nel testo francese dell'articolo 32 dell'AIMP, che fa espressamente riferimento alla legittimazione anziché alla mera possibilità, e corrisponde al concetto tradizionale e vigente di estradizione (cfr. N. 11). Inoltre, l'altro Stato deve effettivamente perseguire penalmente tale atto (secondo il proprio diritto penale).

24 In linea di principio, è irrilevante su quale base di diritto internazionale l'altro Stato invochi la sua giurisdizione penale, ad esempio se sul principio di territorialità o sul principio di protezione dello Stato (cfr. il principio di universalità N. 28 ss.). Tuttavia, dal principio di reciprocità deriva che deve trattarsi di una base sulla quale la Svizzera potrebbe richiedere l'estradizione.

25 Fiolka deduce dal requisito di un «atto punibile dall'altro Stato» che il fatto deve essere punibile secondo il diritto dell'altro Stato e che tale diritto deve essere applicabile al fatto stesso, nonché che le autorità straniere devono

essere competenti per la «punizione» del fatto. Ciò sembra necessitare di una precisazione: il primo punto risulta chiaramente solo dall'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP. Può poi accadere che l'altro Stato rivendichi la giurisdizione penale, ma dichiari applicabile un diritto penale straniero (ad es. come lex mitior); ciò non dovrebbe tuttavia escludere l'estradizione. Infine, non è necessario verificare la competenza interna dell'autorità straniera.

La giurisprudenza applica un **criterio di valutazione** prudente. Secondo tale criterio, l'assistenza giudiziaria o l'estradizione devono essere rifiutate (solo) se l'assenza di giurisdizione penale dell'altro Stato è *talmente evidente* che la sua richiesta appare *abusiva* o la sua affermazione della propria competenza *arbitraria*. Tuttavia, se tale cautela è motivata dal fatto che si tratta di una questione di «interpretazione del diritto dello Stato richiedente», che «spetta in primo luogo alle sue autorità», ciò non è sufficiente, poiché la giurisdizione penale straniera deve poter fondarsi anche sul diritto internazionale vigente (cfr. N. 23). 26

Il criterio molto favorevole all'assistenza giudiziaria applicato dalla giurisprudenza ha come **conseguenza** che solo nei casi in cui non vi sia alcun collegamento tra lo Stato richiedente e il reato o non sia evidente alcuna base di diritto internazionale per la sua giurisdizione penale sul reato, l'estradizione deve essere rifiutata per mancanza di un reato idoneo ai sensi dell'articolo 32 AIMP. Gli accordi internazionali possono naturalmente prevedere un criterio diverso. 27

Come trattare una richiesta di estradizione in cui lo Stato richiedente invoca il **principio di universalità** (principio di diritto mondiale) per giustificare la propria giurisdizione penale? Si distinguono due casi. 28

Se il presunto autore del reato non si trovava in precedenza nel territorio dello Stato richiedente, si tratta chiaramente di un caso di cosiddetto **principio di universalità illimitata** (detto anche principio di universalità assoluta, pura o vera), secondo il quale non è necessaria la presenza dell'autore del reato nel territorio dell'autorità penale. Questo principio non può attualmente essere considerato riconosciuto dal diritto internazionale. Sebbene sia stato adottato da singoli ordinamenti giuridici (ad esempio Germania, Nuova Zelanda), rimane molto controverso e la soglia per il suo 29

riconoscimento nel diritto internazionale consuetudinario non sembra essere stata superata.

30 La particolarità della situazione che ci interessa è che, in caso di estradizione, lo Stato richiedente non dovrebbe più invocare il principio di universalità illimitata, ma potrebbe perseguire la persona estradata sulla base del principio di universalità limitata, riconosciuto dal diritto internazionale. Tuttavia, l'articolo 32 AIMP non richiede che l'altro Stato *possa* punire il reato, ma che *possa* punirlo. Una lettura ovvia è che l'altro Stato deve già possedere la giurisdizione penale fondata sul diritto internazionale e non è sufficiente che la acquisisca solo attraverso l'estradizione (in altre parole: una giurisdizione penale ipotetica o sospensiva non è sufficiente). A ciò si può tuttavia obiettare che l'articolo 32 AIMP, nella sua ultima parte, menziona l'assunzione del perseguimento penale o dell'esecuzione della pena da parte dell'altro Stato su richiesta della Svizzera, alludendo così alla giurisdizione penale sostitutiva, in cui l'altro Stato non ha ancora alcuna giurisdizione penale in base al diritto internazionale pubblico. Pertanto, ai fini dell'art. 32 AIMP sembra essere sufficiente che l'altro Stato possa punire il reato *dopo l'estradizione*.

31 A ciò si aggiunge il seguente aspetto: anche se – come nella costellazione qui discussa – lo Stato richiedente non può in ultima analisi fondare la propria giurisdizione penale sul diritto internazionale vigente, la sua richiesta apparirà tanto meno *abusiva* quanto più controversa è la questione (in questo caso: la portata del principio di universalità). In applicazione del criterio molto favorevole all'assistenza giudiziaria del Tribunale federale – che tuttavia non è motivato in modo convincente (cfr. N. 26) – una richiesta basata sul principio di universalità illimitata potrebbe quindi essere comunque accolta.

32 Se il presunto autore del reato si trovava inizialmente sul territorio dello Stato richiedente, che ha avviato un'indagine nei suoi confronti, e successivamente ha lasciato il territorio di tale Stato, si può sostenere che si tratti di un caso di **principio di universalità limitata**. Se tale principio sia effettivamente applicabile in diritto internazionale o se la giurisdizione penale cessi con l'abbandono del territorio dello Stato, richiede un'analisi del diritto internazionale consuetudinario che non può essere effettuata in questa sede. In questa configurazione, la richiesta di estradizione appare comunque ancora meno abusiva e sarà quindi ammissibile, poiché la Svizzera stessa, nella stessa configurazione, esercita la propria giurisdizione penale e presenta richieste di estradizione all'estero.

Infine, va già menzionato a questo punto che l'**atto** in questione deve essere stato compiuto dalla **persona interessata** stessa (o essere a lei imputabile). Torneremo su questo punto tra poco (N. 34). 33

4. Scopo della consegna: perseguimento penale o esecuzione di una sanzione privativa della libertà

In quarto luogo, la consegna deve avvenire ai fini dell'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione privativa della libertà. Ciò riprende l'art. 1 cpv. 1 lett. a AIMP. Non è preso in considerazione un **altro scopo**, come ad esempio lo svolgimento di procedimenti civili o amministrativi o l'interrogatorio in un altro procedimento penale (contro terzi) nel Paese estero in questione. Il procedimento penale o la pena da eseguire devono quindi essere diretti contro l'atto compiuto dalla persona interessata (o a lei imputabile). 34

L'**estradizione ai fini dell'esecuzione di un procedimento penale** serve all'arresto e alla consegna di una persona imputata in un procedimento penale estero, affinché le autorità giudiziarie estere possano condurre un procedimento penale nei suoi confronti. Il presupposto è che all'estero sia almeno in corso la preparazione di un procedimento penale contro la persona. 35

Dall'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP risulta che anche nella variante dello scopo dell'azione penale (e non solo in quella dello scopo dell'esecuzione della sanzione) deve trattarsi di un reato di **una certa gravità**. La disposizione presuppone infatti un reato che, secondo il diritto sia della Svizzera che dello Stato richiedente, è punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno o con una pena più grave. 36

L'**estradizione ai fini dell'esecuzione di una sanzione privativa della libertà** ha per oggetto l'arresto e la consegna ad un altro Stato di una persona nei confronti della quale è stata emessa una decisione esecutiva e passata in giudicato all'estero per l'esecuzione di una sanzione privativa della libertà. Per sanzioni privative della libertà (cfr. art. 11 cpv. 2 AIMP) si intendono le pene detentive e le misure stazionarie. In questo caso, «restrittiva della libertà» è quindi sinonimo di «privativa della libertà», come risulta chiaramente dalla versione francese («sanction privative de liberté»). 37

38 La legge non prevede una **durata minima della sanzione da eseguire**. Secondo il messaggio relativo all'AIMP, «è ovvio che un'estradizione non appare più proporzionata se la privazione della libertà ancora da scontare è inferiore a circa tre mesi». Tali casi dovrebbero essere ricondotti all'art. 4 AIMP. Diversi trattati di estradizione disciplinano espressamente la durata minima delle sanzioni da eseguire affinché l'obbligo contrattuale di estradizione abbia effetto (ad es. art. 2 n. 1 EAÜ: quattro mesi; art. 2 n. 1 AVUS: sei mesi).

39 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale nel contesto dell'EAÜ, l'**estradizione per l'esecuzione di una pena detentiva con sospensione condizionale** è possibile solo se la sospensione condizionale della pena viene revocata (condizione sospensiva). Non vi è alcun obbligo di applicare questa giurisprudenza al contesto dell'AIMP, tanto più che in questo caso, a differenza dell'EAÜ, non sussiste alcun obbligo di estradizione. È invece necessario procedere a una verifica della proporzionalità nel singolo caso, fermo restando che sia la pena residua che il periodo di prova residuo non possono essere inferiori al minimo previsto per le pene non condizionali (cfr. N. 38).

5. Richiesta

40 In quinto luogo, l'altro Stato deve **richiedere l'estradizione** (cfr. art. 27 segg. AIMP) **o, su richiesta della Svizzera**, **assumere** il perseguimento penale o l'esecuzione della sentenza penale (cfr. art. 88 segg., 100 segg. AIMP). Le due ultime varianti presuppongono anche il consenso esplicito dell'altro Stato all'estradizione. In pratica, dovrebbero essere raramente applicate.

Ringraziamenti:

L'autore ringrazia gli editori del commento online e un revisore anonimo.

BIBLIOGRAFIA

Achermann Alberto, Kommentierung zu Art. 25 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Aufiero Giuseppe, Non-refoulement en matière d'expulsion pénale, d'extradition et de transfèrement forcé, AJP 2025, S. 773–784.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 7 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Grotius Hugo, De jure belli ac pacis, Libri tres, Aalen 1993 (Orig. 1625).

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002.

Henzelin Marc, L'Etat requérant en matière de coopération judiciaire : extensions et limites de l'approche pragmatique, in: Zen-Ruffinen Piermarco (Hrsg.), Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Basel et al. 2006, S. 193–204.

Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 101 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Compétence universelle et demande d'extradition : pouvoir d'appréciation de l'OFJ, in: https://www.crimen.ch/211 vom 31.8.2023.

Macaluso Alain/Rodriguez-Vigouroux Hélène, Le principe constitutionnel de non-extradition des citoyens suisses, AJP 2023, S. 990–999.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421a und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Payer Andrés, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zürich et al. 2021.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Rienzo Lorenzo, Das Universalitätsprinzip bei der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen nach schweizerischem Strafrecht, Zürich et al. 2014.

Robinson Darryl/Vasiliev Sergey/Sliedregt Elies van/Oosterveld Valerie, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 5. Aufl., Cambridge 2024.

Scheim Ernest/Markees K.A., Extradition dans les relations internationales (Entr'aide judiciaire en matière pénale), Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 755, Genf 1941.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977 zum Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen
vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts vom 15.11.2000, BBl 2001

391 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/133/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Änderung von Artikel 1 des Rechtshilfegesetzes vom 6.11.2019, BBl 2019 7413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2683/de, besucht am 17.8.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 35 AIMP

Un commentario di Andrés Payer

CITAZIONE SUGGERITA

Andrés Payer, Commentario all'art. 35 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Payer, art. 35 AIMP N. XXX.

Art. 35 Reati motivanti l'estradizione

[1] L'estradizione è ammissibile se, secondo i documenti a sostegno della domanda, il reato:

a. è passibile di una sanzione restrittiva della libertà per un massimo di almeno un anno o di una sanzione più severa, sia secondo il diritto svizzero sia secondo quello dello Stato richiedente, e

b. non soggiace alla giurisdizione svizzera.

[2] La punibilità secondo il diritto svizzero è determinata senza tener conto:

a. delle particolari forme di colpa e condizioni di punibilità da questo previste;

b. del campo d'applicazione personale e temporale del Codice penale e del Codice penale militare del 13 giugno 1927 riguardo alle disposizioni penali concernenti il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

STRUTTURA

I. Cronistoria 144
II. Contesto della disposizione 144
III. Contenuto normativo nel dettaglio 145
A. Documenti della richiesta come base di esame (cpv. 1). Allo stesso tempo, per quanto riguarda la natura interna della procedura di estradizione 146
B. Presupposto positivo: minaccia reciproca di una sanzione minima (cpv. 1 lettera a) 149
1. Principio della doppia incriminabilità 149
a. Ratio 149
b. Effetti collaterali 152
c. Ambiti di applicazione e relative differenze 152
2. Soglia minima: pena privativa della libertà di un anno 154
b. Adeguamento dei fatti per l'esame secondo il diritto svizzero 158
c. Entità dell'esame – disposizione positiva 159
d. Fattori da non esaminare. Compresi quelli espressamente esclusi dal cpv. 2 161
e. Intensità dell'esame 166
C. Presupposto negativo: assenza di giurisdizione svizzera (cpv. 1 lett. b) 167
Bibliografia 169
I materiali 174
Guida 175

I. CRONISTORIA

1 L'art. 35 AIMP è **in vigore** nella versione sopra riportata dal 1° gennaio 2011. In precedenza era in vigore una versione simile (ex art. 35 AIMP), entrata in vigore il 1° gennaio 1983 con la legge sull'assistenza giudiziaria.

2 Le **modifiche apportate** nel 2011 sono limitate: ora i fattori da non prendere in considerazione elencati al cpv. 2 (cfr. N. 56 segg.) sono suddivisi in due lettere (a e b); inoltre, nella lettera b è stato inserito il CP e sono state aggiornate le disposizioni penali interessate.

3 **Il predecessore** dell'art. 35 AIMP è l'art. 3 della legge sull'estradizione del 22 gennaio 1892. A differenza di quest'ultimo, il primo elencava singolarmente in un catalogo tutti i possibili reati che potevano dar luogo all'estradizione, in linea con il «metodo enumerativo» allora diffuso. L'art. 35 AIMP segue invece il «metodo della soglia», dominante nei moderni trattati di estradizione, secondo il quale possono essere motivo di estradizione tutti i reati punibili con una determinata pena minima (cfr. N. 16).

II. CONTESTO DELLA DISPOSIZIONE

4 Nella **sistematica della legge sull'assistenza giudiziaria**, l'art. 35 si trova nella seconda parte dedicata all'estradizione, precisamente nel primo capitolo relativo ai presupposti dell'estradizione. L'art. 35 AIMP concretizza il presupposto dell'estradizione costituito dal reato (cfr. N. 6), già delineato dall'art. 32 AIMP. Tale presupposto deve essere verificato al momento della decisione sull'estradizione, ma può essere rilevante anche nell'ambito dell'esame della *detenzione in attesa di estradizione*, in particolare se il comportamento contestato non è evidentemente punibile secondo il diritto svizzero (ad es. adulterio, convivenza more uxorio): In tal caso, l'estradizione è manifestamente inammissibile ai sensi dell'art. 51 cpv. 1 AIMP.

5 In **relazione alle disposizioni dei trattati internazionali**, si applica la regola dell'art. 1 cpv. 1 lett. a AIMP, secondo cui le disposizioni degli accordi internazionali prevalgono sulla seconda parte della legge sull'assistenza giudiziaria e quindi anche sul suo art. 35. I trattati di estradizione possono in particolare abbassare la soglia per il reato che dà luogo all'estradizione, ossia

consentire l'estradizione per reati meno gravi di quelli ammessi dall'art. 35 AIMP.

III. CONTENUTO NORMATIVO NEL DETTAGLIO

Come risulta dal titolo in tutte e tre le lingue ufficiali e dal suo contenuto, l'art. 35 AIMP ha la **funzione di** concretizzare il presupposto dell'estradizione del *reato determinante* (reato che dà luogo all'estradizione). Esso richiede che, secondo la documentazione allegata alla richiesta (A.), il reato sia punibile in entrambi i paesi con una sanzione minima determinata, senza tener conto di alcuni fattori (B.), e non sia soggetto alla giurisdizione svizzera (C.). 6

Secondo la sua chiara formulazione in tutte e tre le lingue ufficiali, l'art. 35 AIMP stabilisce solo **le condizioni di ammissibilità** dell'estradizione; non stabilisce alcun obbligo di estradizione. In tal modo riflette la disposizione facoltativa dell'art. 32 AIMP e il principio dell'art. 1 cpv. 4 AIMP, secondo cui dalla legge sull'assistenza giudiziaria non può essere dedotto alcun diritto alla cooperazione. Un obbligo di estradizione può tuttavia derivare da accordi internazionali (cfr. OK-Payer, art. 32 AIMP N. 10) . 7

L'art. 35 dell'AIMP disciplina solo la classica situazione in cui un altro Stato chiede alla Svizzera l'estradizione di una persona, e non anche la situazione in cui la **Svizzera** chiede a un altro Stato **di assumere il perseguimento penale o l'esecuzione della pena** e in questo contesto intende estradare la persona (cfr. art. 32 ultima parte della frase, art. 88 lett. b, art. 100 segg. AIMP). Ciò risulta chiaro in primo luogo dal cpv. 1 lett. a, che parla del «diritto sia della Svizzera sia dello Stato richiedente» («du droit suisse et du droit de l'État requérant»/«sia secondo il diritto svizzero sia secondo quello dello Stato richiedente»). In secondo luogo, ciò risulta dal fatto che il cpv. 1 lett. b subordina l'estradizione all'assenza di giurisdizione svizzera, sebbene questa sussista in caso di richiesta svizzera all'estero di presa in carico (cfr. art. 88, art. 100 AIMP) e l'estradizione in questa configurazione è ammessa in base ad altre disposizioni (art. 32, 88 lett. b e 101 AIMP). In terzo luogo, a favore di questa interpretazione restrittiva dell'articolo 35 AIMP depone il fatto che la Svizzera può accettare richieste straniere di trasferimento del procedimento penale/dell'esecuzione della pena in combinato disposto con la consegna anche per reati al di sotto della soglia minima di cui al cpv. 1 lettera a (gli articoli 85 e 94 segg. AIMP non prevedono tale soglia). Pertanto, l'art. 30 cpv. 1 AIMP non osta a una richiesta della Svizzera all'estero di assumere il 8

perseguimento penale/l'esecuzione penale in relazione all'estradizione per reati al di sotto di tale soglia; al contrario, il principio di reciprocità giustifica il riconoscimento di tale diritto anche alla Svizzera. Per questi motivi, l'art. 35 AIMP deve essere interpretato nel senso che non è applicabile alle richieste della Svizzera all'estero; in questa configurazione non si applica quindi né il presupposto della mancanza di giurisdizione svizzera (cpv. 1 lettera b) né la soglia minima di cui al cpv. 1 lettera a. Ciò comporta naturalmente, almeno in teoria, il rischio che la soglia minima di cui al cpv. 1 lettera a venga aggirata laddove dovrebbe essere applicata, ovvero quando lo Stato estero richiede l'estradizione, presentando Su richiesta (informale) dell'estero, la Svizzera presenta la richiesta. Il rischio è tuttavia ridotto dal fatto che una richiesta della Svizzera può essere presa in considerazione solo se il trasferimento all'estero lascia prevedere un migliore reinserimento sociale (cfr. art. 88 lett. b, art. 100 lett. b AIMP) . Inoltre, l'UFG è tenuto al rispetto del principio di legalità e alla salvaguardia della valutazione del legislatore espressa nell'art. 35 AIMP.

A. Documenti della richiesta come base di esame (cpv. 1). Allo stesso tempo, per quanto riguarda la natura interna della procedura di estradizione

9 **La base per l'esame** degli ulteriori requisiti è costituita dai documenti della richiesta (art. 35 cpv. 1 AIMP). Ciò richiede una precisazione: la punibilità (ipotetica) e la sanzione minima secondo il diritto svizzero, nonché l'assenza di giurisdizione svizzera, devono essere esaminate con riferimento alle fonti giuridiche interne pertinenti.

10 Per quanto riguarda il **contenuto** della richiesta e dei suoi allegati, da essi deve risultare in particolare quale fatto è contestato alla persona perseguita e come esso è qualificato giuridicamente dallo Stato richiedente; deve essere allegato il testo delle norme giuridiche pertinenti (cfr. art. 28 cpv. 2 lett. c e cpv. 3 AIMP, art. 10 dell'ordinanza sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale [ordinanza sull'assistenza giudiziaria, OAG]). Inoltre, dalla documentazione deve risultare chiaramente su cosa si basi il sospetto dell'autorità inquirente nei confronti della persona perseguita, affinché la richiesta non appaia abusiva. Se esiste una sentenza penale esecutiva o un mandato di arresto, questi devono essere allegati (art. 41 AIMP). L'autorità richiedente non è tuttavia tenuta ad allegare prove alla sua richiesta.

La giurisprudenza non pone **requisiti** rigorosi **alla descrizione dei fatti**: non sono richiesti completezza e totale assenza di contraddizioni. Ciò è comprensibile nel caso dell'estradizione a fini di perseguimento penale, tanto più che questa spesso ha luogo in una fase iniziale del procedimento straniero e ha proprio lo scopo di consentire allo Stato richiedente di verificare se e, eventualmente, in che modo la persona perseguita si sia resa punibile. Diverso è invece il caso dell'estradizione ai fini dell'esecuzione della pena, in cui è già stato condotto un procedimento contraddittorio ed è stata emessa una sentenza penale. In questo caso dovrebbero essere richiesti requisiti più elevati per la descrizione dei fatti (e della qualificazione giuridica). 11

L'autorità competente a decidere in materia di estradizione – l'UFG – non deve quindi procedere a proprie indagini sui fatti, ma basarsi sulla richiesta e sui relativi documenti. Ciò si giustifica con i **principi di fiducia e buona fede** nelle relazioni internazionali. È conforme a tali principi che l'autorità competente si attenga in linea di principio a tali informazioni (per le eccezioni cfr. N. 15). In caso di ambiguità o traduzione imperfetta, lo Stato richiedente può essere invitato a fornire integrazioni o correzioni (art. 28 cpv. 6 AIMP). 12

Il fatto di basarsi sulla documentazione della richiesta (così come, ad esempio, il fatto che sia l'UFG e non un tribunale a decidere in merito all'estradizione, compresa la detenzione in attesa di estradizione) si spiega anche con il fatto che, dal punto di vista interno svizzero, la procedura di estradizione è una **procedura amministrativa** e non un procedimento penale o parte di un procedimento penale straniero. L'UFG non deve decidere in merito a un illecito, colpa o la pena, ma su una misura coercitiva di diritto amministrativo. Non deve quindi occuparsi della questione se l'imputato sia effettivamente colpevole del reato in questione, ma solo della questione se, in base alla richiesta e alla documentazione allegata, sussistano i presupposti per l'estradizione. La procedura di estradizione non serve quindi ad accertare la verità materiale e per l'estradizione non è necessario che il reato sia stato effettivamente commesso, ma solo che tale reato (presunto) sia perseguito o punito nello Stato richiedente. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha negato in linea di principio, in relazione alle procedure di estradizione, l'applicabilità delle garanzie contenute nell'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) alle accuse penali (così come alle azioni civili). 13

14 La qualificazione della procedura di estradizione e, più in generale, della procedura di assistenza giudiziaria come procedura amministrativa è stata recentemente (nuovamente) **criticata** da parte della dottrina. Non è questa la sede per una presa di posizione dettagliata, pertanto ci limiteremo a una breve osservazione: Esistono infatti alcuni elementi che sembrano indicare che la procedura di estradizione presenti una componente di diritto penale (ad es. l'art. 12 cpv. 1 seconda frase AIMP, il ricorso al Tribunale penale federale, il presupposto della doppia incriminabilità). Tuttavia, essi possono essere spiegati anche in altro modo (cfr. ad es. N. 22 f.), e le critiche sembrano essere più forti laddove non si tratta di estradizione, ma di piccola assistenza giudiziaria o di misure coercitive ai sensi del Codice di procedura penale svizzero (CPP). La concezione dell'estradizione come questione amministrativa è in ogni caso quella del legislatore e appare comprensibile, tanto più che la Svizzera in questo caso non possiede né esercita alcun potere penale, nemmeno derivato. La Svizzera non può quindi condurre un proprio procedimento penale e chi ritiene che l'assistenza giudiziaria da essa fornita faccia parte del procedimento penale straniero dovrebbe dimostrare che lo Stato estero le ha trasferito (mediante la richiesta di estradizione) il proprio potere penale. Ciò appare tuttavia improbabile e non corrispondente alla concezione della procedura di estradizione praticata. Inoltre, sarebbe contrario allo scopo della cooperazione internazionale in materia penale riconoscere già nella procedura di estradizione tutte le garanzie procedurali penali, poiché ciò renderebbe la procedura più complessa e lunga. La detenzione in attesa di estradizione potrebbe protrarsi di conseguenza e la capacità e la disponibilità a prestare assistenza giudiziaria potrebbero diminuire. Quanto detto non esonera naturalmente la Svizzera dall'obbligo di impedire che l'estradizione consenta (gravi) violazioni dei diritti umani all'estero (cfr. art. 2 AIMP). La non concessione dei diritti processuali penali nella procedura di estradizione si basa sul presupposto della loro concessione nel procedimento penale straniero.

15 I principi sopra esposti (N. 9, N. 12 seg.) prevedono tre **eccezioni**: in primo luogo, in caso di prova alibi (liquida) ai sensi dell'art. 53 AIMP, l'UFG deve procedere a proprie verifiche e, in caso di chiara innocenza ai sensi dell'art. 53 cpv. 2 frase 1 AIMP, rifiutare l'estradizione. In secondo luogo, può discostarsi dalla descrizione dei fatti contenuta nella richiesta di estradizione o nei relativi documenti nella misura in cui questi «siano immediatamente confutati da errori evidenti, lacune o contraddizioni». Secondo il parere qui espresso,

ciò dovrebbe avvenire anche se non viene effettuata alcuna rettifica o integrazione (cfr. N. 12). In terzo luogo, le richieste di estradizione che appaiono abusive dal punto di vista giuridico, in particolare a causa di una violazione particolarmente grave e manifesta del diritto processuale straniero, non devono essere accolte.

B. Presupposto positivo: minaccia reciproca di una sanzione minima (cpv. 1 lettera a)

L'articolo 35 dell'AIMP non definisce i reati che possono dar luogo all'estradizione mediante un elenco, ma formulando una **soglia minima** (N. 3): Il reato deve essere punibile in entrambi gli Stati, la Svizzera e quello richiedente, con una pena detentiva di almeno un anno o con una pena più grave (soglia minima). Rispetto a un elenco, questo metodo di definizione presenta in particolare il vantaggio di non richiedere continui aggiornamenti e integrazioni e di evitare ulteriori (difficili) questioni interpretative. 16

1. Principio della doppia incriminabilità

Per quanto riguarda innanzitutto il requisito che il reato sia punibile in entrambi gli Stati, esso corrisponde al **principio della doppia incriminabilità**, detto anche principio della doppia punibilità. Un'altra denominazione, tuttavia inadeguata o fuorviante (cfr. N. 54), è quella di principio della norma o delle norme identiche. 17

a. Ratio

A cosa serve la doppia punibilità? Il fatto che il reato debba essere punibile **nello Stato richiedente o perseguente** deriva dal principio di legalità penale e dalla logica dell'assistenza giudiziaria in materia penale. Ma perché deve esserlo anche *nello Stato richiesto o assistente*? È essenziale chiarire questo punto, perché solo la ratio del principio consente di decidere in modo coerente e su basi sicure diverse questioni relative alla sua portata (cfr. sotto N. 30, 47, 49, 51 seg., 55, 58, 63). 18

Un primo approccio argomentativo vuole ricondurre anche questo al **principio di legalità** penale. Uno Stato non può applicare misure di procedura penale se il presunto reato non è punibile secondo le sue leggi. 19

Tuttavia, questa argomentazione non può convincere a priori se si qualifica l'assistenza giudiziaria come diritto amministrativo (cfr. N. 13 e segg.).

20 Un secondo approccio fa riferimento alla **prevedibilità dell'assistenza giudiziaria penale**: il principio della doppia incriminabilità servirebbe allo Stato richiedente, in quanto renderebbe prevedibile la portata della cooperazione dello Stato richiesto. Ciò può essere vero, ma alcuni Stati richiedenti preferirebbero che lo Stato richiesto rinunciasse a questo principio, che limita l'assistenza giudiziaria. Inoltre, si può affermare che ogni requisito normativo dell'assistenza giudiziaria favorisce la prevedibilità della portata della cooperazione, ma ciò non fornisce ancora una ragione intrinseca per la sua esistenza (in altre parole: perché proprio quello?).

21 Secondo un terzo approccio motivazionale diffuso, il principio della doppia incriminabilità riflette quello della **reciprocità** (reciprocità di diritti e doveri). L'idea è la seguente: se nello Stato A un comportamento X non è punibile, mentre nello Stato B lo è, e A chiedesse a B l'estradizione di una persona per X (il che sarebbe ovviamente assurdo), B rifiuterebbe l'estradizione perché A non potrebbe perseguire penalmente X. Da ciò A può dedurre che non dovrebbe concedere l'estradizione a B per X – o, più in generale, per comportamenti non punibili secondo il suo (A) diritto. Ciò si basa tuttavia su un modo di pensare semplicistico o su una comprensione superficiale della reciprocità. Il ragionamento sopra descritto trascura infatti il motivo per cui B rifiuterebbe l'estradizione per X ad A: perché A non può perseguire il comportamento X in A in assenza di criminalizzazione. Un'applicazione rigorosa del principio di reciprocità deve tenere conto di questo motivo, cosicché A, sulla base di tale principio, può rifiutare l'estradizione a B solo per reati che quest'ultimo non può perseguire in B in assenza di criminalizzazione. Ciò non si applica a X. Se A non vuole estradare a causa di X, ciò non trova alcun sostegno nel principio di reciprocità. In breve: se l'altro Stato fosse disposto a fornire assistenza giudiziaria anche in assenza di punibilità secondo il proprio diritto, non è chiaro in che misura il principio di reciprocità possa sostenere il principio della doppia punibilità. In ogni caso, il ricorso a questo principio sembra essere limitato a un livello formale e quindi mancare il motivo per cui uno Stato dovrebbe richiedere (per la prima volta) la doppia punibilità (da cui derivano conseguenze di reciprocità per altri Stati).

22 Alle tre spiegazioni insufficienti illustrate (N. 19–21) si contrappone una quarta motivazione più convincente, che fa riferimento al **pluralismo dei valori**.

Secondo tale motivazione, il principio della doppia incriminabilità tutela gli Stati nelle loro diverse convinzioni valoriali, in quanto nessuno Stato è tenuto ad assistere un altro Stato nell'azione penale o nell'esecuzione della pena se non ritiene il comportamento punibile. Il diritto penale è infatti, come nessun altro settore giuridico, espressione dell'ordinamento dei valori sociali.

Simile e ugualmente non del tutto da scartare è una quinta interpretazione 23
utilitaristica: se lo Stato richiesto non ritiene punibile il comportamento contestato, semplicemente **non ha** alcun **interesse** ad aiutare l'estero. Rinunciando alla punibilità secondo il proprio diritto, potrebbe certamente esigere una corrispondente rinuncia da parte dell'estero alle sue richieste. Tuttavia, l'assistenza giudiziaria in materia penale non viene fornita solo per acquisire diritti reciproci, ma soprattutto per consentire una lotta efficace contro la criminalità che non si fermi ai confini nazionali. Questo concetto di solidarietà interstatale o di responsabilità comune per la sicurezza raggiunge tuttavia i suoi limiti quando lo Stato richiesto non considera il comportamento perseguito come reato (anche in caso di modifica dei fatti).

Recentemente, la letteratura ha sviluppato diverse proposte su come 24
sostituire il principio della doppia incriminabilità, talvolta percepito come troppo restrittivo, con una **nuova normativa** che tenga conto della legittima preoccupazione alla base di tale principio (cfr. N. 22), ma eviti un'inutile limitazione dell'assistenza giudiziaria. Secondo tale proposta, lo Stato richiesto dovrebbe poter rifiutare l'assistenza giudiziaria se il comportamento non è punibile secondo il proprio diritto *e se* (cumulativamente) secondo il parere dell'autorità competente non appare punibile o non può essere legittimamente criminalizzato in tale ordinamento giuridico. Un tale approccio avrebbe infatti il vantaggio di consentire l'assistenza giudiziaria nei casi in cui non sia una valutazione fondamentalmente diversa, ma ad esempio motivi di natura tecnica legati alle risorse disponibili ad aver portato a una criminalizzazione più limitata nello Stato richiesto. Tuttavia, ciò richiederebbe alle autorità una valutazione più complessa e, in alcuni casi, anche delicata. Durante le deliberazioni sulla legge sull'assistenza giudiziaria, il Parlamento ha respinto una clausola di eccezione proposta dal Consiglio federale che avrebbe consentito l'estradizione per reati non punibili in Svizzera, punibili all'estero a causa di circostanze particolari e che, secondo i principi generali del diritto svizzero, appaiono punibili (art. 32 cpv. 3 AIMP).

b. Effetti collaterali

25 Occorre distinguere tra la ratio del principio della doppia incriminabilità e i suoi (potenziali) **effetti collaterali**. Tra questi vi è, ad esempio, il fatto che la verifica della doppia incriminabilità richiede un confronto con le differenze esistenti tra gli ordinamenti penali e può quindi favorire l'armonizzazione. Può anche accadere che, nell'ambito della verifica della doppia incriminabilità, si debba decidere per la prima volta su una determinata questione interpretativa relativa a un reato svizzero; in questo modo la doppia incriminabilità contribuisce all'interpretazione delle norme penali locali. Tuttavia, il contesto della richiesta di assistenza giudiziaria o la volontà di cooperare possono indurre a un'interpretazione eccessivamente estensiva dei fatti, il che è problematico e dovrebbe essere evitato. Alcuni reati sono stati addirittura introdotti specificamente per consentire l'assistenza giudiziaria o in considerazione del requisito della doppia punibilità.

c. Ambiti di applicazione e relative differenze

26 Il principio della doppia incriminabilità è in linea di principio inerente anche al metodo di enumerazione utilizzato nei trattati di estradizione più vecchi. Secondo una sentenza pilota del Tribunale federale del 1979, il requisito della doppia incriminabilità è **universalmente valido** e, di conseguenza, deve essere considerato tacitamente presupposto nei trattati di estradizione che non lo sanciscono espressamente. Secondo il metodo soglia, esso è sancito, ad esempio, dall'art. 2 n. 1 frase 2 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 (RS 0.353.1; di seguito: EAÜ) e nell'art. 2 n. 1 frase 1 del trattato di estradizione del 14 novembre 1990 tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America (SR 0.353.933.6; di seguito: AVUS). Al contrario, all'interno dell'UE tale requisito è stato in parte abolito con il mandato d'arresto europeo. La tendenza a relativizzare il principio a livello europeo solleva la questione se la suddetta prassi del Tribunale federale possa ancora essere mantenuta; secondo il parere qui espresso, essa è comunque da confermare per l'estradizione.

27 Il principio della doppia incriminabilità si applica anche in caso di **assunzione dell'azione penale o dell'esecuzione della pena** da parte della Svizzera (cfr. art. 86, 94 cpv. 1 lett. b AIMP). Se il reato non è punibile in Svizzera, non può essere perseguito né comportare sanzioni penali.

Il principio della doppia incriminabilità si applica in linea di principio anche alla **piccola assistenza giudiziaria**, nella misura in cui si debba ricorrere alla coercizione processuale (art. 64 cpv. 1 AIMP), ma in modo diverso: in questo caso è sufficiente che i fatti descritti nella richiesta di assistenza giudiziaria possano essere ricondotti a un unico reato previsto dal diritto svizzero. In caso affermativo, non è necessario verificare se i fatti possano ricadere sotto altre fattispecie. Inoltre, nel caso dell'assistenza giudiziaria minore non è necessario che la persona interessata dalla misura di assistenza sia essa stessa imputata nel procedimento penale estero. 28

Al contrario, nel diritto dell'estradizione occorre verificare la doppia incriminabilità (nonché la soglia minima, N. 48) in relazione a ogni reato o fatto per cui è stata richiesta l'estradizione. Di conseguenza, lo Stato richiedente può perseguire la persona estradata solo per i fatti (commessi prima dell'estradizione) per i quali la Svizzera ha confermato la doppia incriminabilità e ha autorizzato l'estradizione (principio di specialità, art. 38 cpv. 1 lett. a AIMP). Se desidera perseguire ulteriori reati, deve presentare una richiesta di estradizione supplementare. Può essere estradata solo la persona perseguita. 29

Il principio della doppia incriminabilità disciplina anche l'**estradizione accessoria** ai sensi dell'art. 36 cpv. 2 AIMP, in base alla quale, oltre al reato che ha dato luogo alla richiesta di estradizione, vengono estradati anche i reati che non costituiscono tale reato. Come chiarito dalla giurisprudenza, anche questi altri reati devono essere punibili secondo il diritto svizzero; la disposizione citata rende superfluo il raggiungimento della soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP. Questo punto di vista corrisponde alla ratio del principio (N. 22 f.). Lo stesso vale per un'*estensione* dell'azione penale dopo l'estradizione: una richiesta supplementare in tal senso deve essere respinta se non sussiste punibilità secondo il diritto svizzero; non è invece necessario che i reati da perseguire raggiungano la soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP. 30

Inoltre, diverse disposizioni del **diritto penale** normativizzano il principio della doppia incriminabilità (ad es. art. 6 cpv. 1 lett. a, art. 7 cpv. 1 lett. a CPP). In questo caso, tuttavia, il principio svolge una funzione diversa: impone alle autorità penali nazionali di verificare se il reato sia punibile secondo il diritto straniero (dello Stato in cui è stato commesso). Ciò serve principalmente a 31

impedire un'ingerenza illecita negli affari esteri e a proteggere l'individuo, che può così orientarsi esclusivamente in base alle leggi del luogo in cui risiede.

32 A **differenza** di ciò, nel diritto di assistenza giudiziaria il principio della doppia incriminabilità induce l'autorità competente dello Stato richiesto a verificare innanzitutto se il fatto sia punibile anche secondo il proprio diritto penale. Questo requisito serve gli interessi nazionali (N. 22 seg.). A causa di questi diversi compiti, il principio non deve essere interpretato in modo identico in entrambi i settori giuridici; invece di una trasposizione letterale dei risultati interpretativi, occorre procedere a un'interpretazione specifica che tenga conto delle peculiarità del rispettivo settore.

2. Soglia minima: pena privativa della libertà di un anno

33 L'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP non si limita al requisito della doppia incriminabilità, ma richiede inoltre che il reato sia punibile in entrambi gli Stati con una pena privativa della libertà di almeno un anno o con una pena più grave. La funzione di questa soglia minima o «sanzione minima massima» consiste in una delimitazione verso il basso: solo a partire da una certa gravità del reato la Svizzera è disposta ad assumersi l'onere dell'estradizione e solo in tal caso appare giustificato il notevole intervento nei diritti della persona interessata. In tal senso, l'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP svolge la stessa funzione di filtro – ma specificamente per l'assistenza giudiziaria in materia penale – già prevista dall'articolo 1 cpv. 3 e dall'articolo 4 AIMP, che escludono l'assistenza giudiziaria in materia penale per reati minori o procedimenti nello Stato richiedente in cui non è possibile adire un giudice; in entrambi i casi si tratta di garantire la proporzionalità. Diversi trattati di estradizione prevedono una soglia minima pari a quella dell'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP, come ad esempio l'EAÜ (art. 2 n. 1 frase 2) e il trattato di estradizione del 29.7.1988 tra la Svizzera e l'Australia (RS 0.353.915.8; di seguito: AVAUS) nel cui art. 2 n. 1. Tuttavia, la cerchia dei reati che raggiungono tale soglia è ampia.

34 A questo punto è opportuno ricordare che la soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP non si applica alle estradizioni in relazione a richieste provenienti dalla Svizzera di ripresa delle indagini penali o di esecuzione della pena (N. 8). Questa eccezione serve gli interessi della persona perseguita, poiché una tale richiesta può essere presa in considerazione solo se il

trasferimento all'estero lascia prevedere un migliore reinserimento sociale (cfr. art. 88 lett. b, art. 100 lett. b AIMP).

Per quanto riguarda i concetti di «sanzione», che comprende anche le misure privative della libertà, e «restrittivo della libertà», che è equiparabile a «privativo della libertà», si rimanda a OK-Payer, art. 32 AIMP n. 37. 35

«Sanzioni più gravi» rispetto a una sanzione restrittiva della libertà (pena detentiva o misura privativa della libertà) della durata massima di almeno un anno sono la pena di morte e le pene corporali. Se sono previste tali pene, l'estradizione è esclusa per motivi di tutela dei diritti umani o di ordine pubblico (art. 2, 37 cpv. 3 AIMP, art. 2 segg. CEDU, art. 1 Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte del 18.4.1983 [SR 0.101.06]). L'estradizione può essere presa in considerazione solo a condizione (art. 80p cpv. 1 AIMP) che lo Stato richiedente garantisca di rinunciare alla richiesta, alla discussione e all'esecuzione di tale pena. 36

La soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP si basa sulla minaccia (astratta) di sanzione, non sulla misura della sanzione prevista. Ma cosa succede se è già stata emessa una sentenza penale, ossia se l'estradizione deve consentire l'esecuzione della sanzione, e la sentenza ha pronunciato una sanzione inferiore a tale soglia o se deve essere eseguita solo una pena detentiva inferiore a tale soglia? Cosa succede se l'autore del reato è stato condannato a una pena detentiva con la condizionale? Risposte a queste domande si trovano in OK-Payer, art. 32 AIMP N. 38 f. Alle durate minime della pena detentiva da eseguire ivi indicate va tuttavia sempre aggiunto che la pena astratta deve raggiungere la soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP (presupposti cumulativi). 37

Nell'ambito dei lavori legislativi, il Consiglio federale ha espressamente deciso di non limitare l'estradizione ai reati d'ufficio e di non elevare il perseguimento d'ufficio del reato a caratteristica dei reati estradabili. Infatti, sebbene i reati perseguibili su querela siano spesso reati minori, per i quali un'azione penale d'ufficio non appare proporzionata in considerazione dell'onere che comporta, il requisito della querela può anche avere altre funzioni (ad es. la protezione del rapporto tra autore del reato e vittima, l'agevolazione di una soluzione consensuale) e non costituisce quindi un 38

criterio affidabile per valutare la gravità di un reato.3. Contenuto e modalità dell'esame.

39 L'autorità competente a decidere in materia di estradizione deve innanzitutto determinare in base a quali fonti giuridiche straniere e nazionali e in quale versione temporale devono essere esaminate la doppia incriminabilità e la pena minima e massima (a.). Inoltre, deve trasporre i fatti secondo il diritto svizzero (b.) ed essere chiara sulla portata (c.) e l'intensità (d.) dell'esame. A questo punto si richiama nuovamente l'attenzione sulla sussidiarietà dell'AIMP rispetto agli accordi internazionali (cfr. N. 5); questi ultimi devono essere applicati in primo luogo, se pertinenti, e possono richiedere un esame modificato. Le seguenti considerazioni riguardano l'esame della pena minima reciproca ai sensi dell'art. 35 AIMP.a. Fonti giuridiche determinanti.

40 La fonte giuridica da cui deriva la punibilità o la minaccia di sanzione secondo il diritto dello Stato richiedente è irrilevante. Può trattarsi di un codice penale, di un decreto speciale o anche – si pensi agli ordinamenti giuridici di common law – di diritto giurisprudenziale. Il principio «nullum crimen sine lege scripta» non si applica in questo caso.

41 La norma penale secondo il diritto straniero deve tuttavia essere già esistita al momento della commissione del reato. Ciò deriva dal divieto di retroattività garantito dai diritti umani (cfr. art. 7 n. 1 CEDU; art. 15 n. 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16.12.1966 [SR 0.103.2; di seguito: IPBPR]), la cui violazione all'estero non può essere oggetto di assistenza da parte della Svizzera (cfr. art. 2 AIMP). Inoltre, la punibilità deve sussistere al momento della valutazione dei presupposti per l'estradizione, poiché altrimenti si violerebbe il principio lex mitior, anch'esso sancito dai diritti umani (art. 15 n. 1 IPBPR), o si presterebbe assistenza a tale violazione. Pertanto, l'autorità competente a decidere in materia di estradizione deve consultare sia il diritto straniero vigente al momento del reato sia quello attuale (per quanto riguarda la portata di tale consultazione, cfr. N. 49).

42 Per quanto riguarda il momento della minaccia della pena minima massima prevista dal diritto straniero, è necessario che essa sussista sia al momento del reato sia al momento della valutazione o della consegna. Se al momento del reato esisteva una norma penale, ma questa non prevedeva una pena massima che raggiungesse la soglia di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP, l'estradizione non è ammessa anche se nel frattempo la pena è stata aumentata e raggiunge

tale soglia. Infatti, o sussiste una violazione del divieto di retroattività (poiché lo Stato estero intende applicare la nuova pena più severa) oppure si tratta di un reato che non può essere perseguito con la severità prevista dall'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP (se lo Stato estero intende applicare la vecchia pena). Viceversa, se al momento del reato la norma penale prevedeva una pena che raggiungeva la soglia minima, ma nel frattempo tale pena è stata ridotta al di sotto di tale soglia, l'estradizione è ugualmente inammissibile. Infatti, sussiste il rischio di una violazione del principio lex mitior (se lo Stato estero intende applicare la pena più severa prevista in precedenza) oppure si tratta di un reato che non può essere perseguito con la severità prevista dall'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP (se lo Stato estero intende applicare la nuova pena).

Anche per la punibilità o la minaccia di sanzioni secondo il diritto svizzero, ogni legge è sufficiente come fonte giuridica; non è quindi necessario che sia disciplinata nel CP, ma può anche esistere solo secondo il diritto penale accessorio. Ciò è dovuto a una decisione consapevole ed esplicita del legislatore. È ammessa anche un'ordinanza autonoma del Consiglio federale in materia di diritto di emergenza (cfr. art. 185 cpv. 3 della Cost. federale svizzera [Cost.]), purché preveda una sanzione corrispondente, il che è ammesso secondo la giurisprudenza (non del tutto incontrastata) in deroga alla riserva di legge (art. 31 cpv. 1, art. 36 cpv. 1 seconda frase Cost.). Per contro, la punibilità secondo il diritto cantonale (a differenza forse di quella prevista per la piccola assistenza giudiziaria) non può essere sufficiente, poiché essa è limitata alle contravvenzioni (art. 335 cpv. 1 CP), che tuttavia non possono mai costituire motivo di estradizione. 43

Il **momento** determinante in cui devono sussistere la punibilità e la pena minima e massima secondo il diritto svizzero è esclusivamente quello della valutazione dei presupposti dell'estradizione, ossia della decisione in merito. Non è quindi rilevante il momento in cui è stato commesso il reato o è stata presentata la richiesta di estradizione, né, in caso di estradizione basata su un trattato di estradizione, il momento della conclusione o dell'entrata in vigore di tale trattato (salvo disposizioni contrarie). Se il diritto svizzero cambia durante il procedimento, si applica il nuovo diritto. Il divieto di retroattività penale non è applicabile in questo caso. I trattati internazionali possono prevedere una disposizione diversa, ma occorre rispettare il principio di favore del Tribunale federale. 44

b. Adeguamento dei fatti per l'esame secondo il diritto svizzero

45 I **fatti** descritti nella richiesta di estradizione devono essere **adeguati** per l'esame. Questo procedimento viene spesso descritto in modo tale da far immaginare che l'atto sia stato commesso in Svizzera. Ciò è appropriato se lo Stato richiedente è lo Stato in cui è stato commesso il reato. Se tuttavia, per giustificare la propria giurisdizione penale, esso non invoca il principio di territorialità, ma ad esempio il principio di protezione dello Stato, l'atto deve essere immaginato come se fosse stato commesso all'estero, ma contro la Svizzera (anziché contro lo Stato richiedente). La formulazione più aperta del Tribunale federale ne tiene conto: «Ai fini della valutazione della punibilità secondo il diritto svizzero, i fatti esposti nella richiesta di estradizione devono essere valutati come se la Svizzera avesse avviato un procedimento penale per i fatti in questione». Ma cosa significa «in questione», con quale precisione deve essere effettuata la trasposizione dei fatti? Come indicazione concreta si propone quanto segue: Nei fatti, *lo Stato richiedente deve essere sostituito dalla Svizzera*. Se un funzionario pubblico di questo Stato ha agito, bisogna immaginarlo come un funzionario pubblico svizzero; se il reato è stato commesso nel territorio dello Stato richiedente, bisogna immaginarlo come commesso in Svizzera; se il reato era diretto contro un cittadino dello Stato richiedente, bisogna immaginare la vittima come uno svizzero, ecc.

46 A volte ciò non è sufficiente, ma è necessaria un'**ulteriore modifica o astrazione** dei fatti. Ad esempio, se alla persona perseguita viene contestato di aver guidato sul lato destro della strada in uno Stato in cui vige la circolazione a sinistra (ad es. nel Regno Unito): in questo caso occorre astrarre, limitando i fatti al fatto che la persona perseguita ha guidato sul lato sbagliato della strada, oppure modificare i fatti in modo tale da immaginare che abbia guidato sul lato sinistro della strada nel nostro Paese. Tale procedura è tuttavia possibile solo se si tratta di un *comportamento equivalente* e non se il diritto dello Stato richiedente fissa una soglia di punibilità (ad es. età di protezione [cfr. art. 187 CP], contenuto minimo di determinate sostanze per la qualificazione come stupefacente proibito) più bassa di quella vigente nel nostro Paese.

47 Sotto il regime della vecchia legge (legge sull'estradizione del 1892), Schultz scriveva che non doveva avvenire alcuna modifica degli **elementi di fatto** che sono **in relazione diretta con il diritto svizzero**, come la cittadinanza svizzera della persona perseguita o della persona lesa, la commissione del

reato sul territorio o il perseguimento del reato in Svizzera. Ciò appare corretto anche per il diritto attuale, ma richiede una motivazione e alcune precisazioni. Se esiste realmente un punto di collegamento con la giurisdizione penale svizzera, il reato può essere punibile non solo ipoteticamente, ma realmente secondo il diritto svizzero; non è quindi necessario ricorrere al congiuntivo («sarebbe punibile») o quest'ultimo sembra essere impreciso. Tuttavia, in un caso del genere, il mancato ricorso al congiuntivo può offuscare l'attenzione sulla punibilità secondo il diritto svizzero (N. 49) può offuscare il fatto che lo Stato richiedente potrebbe (1.) non avere un punto di collegamento riconosciuto dal diritto internazionale per la sua giurisdizione penale (ad esempio, se persegue un furto commesso in un altro Stato da un cittadino svizzero a danno di un cittadino di un altro Stato) o (2.) avere un tale punto di collegamento, il diritto svizzero non lo utilizza (ad es. domicilio nazionale dell'autore del reato), oppure (3.) ha ampliato l'ambito di protezione dei suoi reati rispetto al diritto svizzero (ad es. criminalizzando anche il favoreggiamento [cfr. art. 305 CP] a scapito della giustizia straniera, in casu svizzera). Nel primo caso, l'estradizione deve essere rifiutata già solo perché l'art. 32 AIMP richiede la competenza penale internazionale dello Stato richiedente; indipendentemente da ciò, non si deve dare adito a procedimenti penali contrari al diritto internazionale, tanto più se privi di un punto di riferimento. Nel secondo caso, il principio di reciprocità ostacola l'estradizione (che tuttavia non fonda la doppia punibilità, cfr. N. 21). Anche nel terzo caso può sembrare strano che il reato non sarebbe punibile in Svizzera se i fatti fossero analoghi. Tuttavia, in questi ultimi due casi, la doppia incriminabilità dovrebbe essere affermata e l'estradizione dovrebbe essere possibile, poiché il reato, così come si è realmente verificato, *è* punibile anche secondo il diritto svizzero e quindi punibile secondo la valutazione svizzera, e sussiste quindi un (anche particolare) interesse della Svizzera a sostenere il procedimento penale straniero (cfr. la ratio della doppia incriminabilità N. 22 seg.). A seconda del riferimento dei fatti alla Svizzera, può tuttavia sussistere un interesse prioritario della Svizzera al perseguimento penale sul proprio territorio, nel qual caso l'estradizione deve essere rifiutata (cfr. N. 65, 67).

c. Entità dell'esame – disposizione positiva

Come visto, la doppia incriminabilità deve essere verificata in relazione a **ogni fatto** per il quale è stata richiesta l'estradizione (N. 29). Ciò vale anche per la 48

pena minima massima, che può essere dispensabile solo in base all'art. 36 cpv. 2 AIMP (cfr. N. 30).

49 Nella pratica, la correttezza della sussunzione presentata nella richiesta ai sensi del diritto straniero non viene verificata in modo approfondito, anche se la Svizzera, in qualità di Stato richiesto, avrebbe il diritto di farlo. Ciò si spiega con il principio di fiducia (N. 12), ma anche con la funzione della doppia incriminabilità, che ha lo scopo di proteggere l'ordine valoriale e gli interessi nazionali (N. 22 s.); l'**accento** della verifica dovrebbe quindi essere posto sulla **punibilità secondo il diritto svizzero**. Gli operatori del diritto nazionali hanno inoltre una maggiore familiarità con il diritto nazionale; anche per questo motivo sembra opportuno adottare una certa cautela nella valutazione della situazione giuridica estera. Tuttavia, dovrebbe comunque essere effettuato un esame sommario, consistente in un confronto tra le disposizioni di diritto straniero allegate alla richiesta (N. 10) e i fatti, e nella valutazione se la sussunzione nella richiesta appaia *almeno ragionevole*. Come sostiene Garré, è necessaria «una certa dialettica critica [...], altrimenti la procedura di assistenza giudiziaria verrebbe degradata a procedura di autorizzazione automatica». Se l'assenza di punibilità secondo il diritto straniero è evidente, la richiesta appare abusiva. Per quanto riguarda la *competenza penale* straniera sul reato come presupposto per l'estradizione in particolare, cfr. OK-Payer, art. 32 AIMP N. 23 e segg.

50 Concretamente, alla luce del diritto svizzero, occorre verificare se i fatti modificati (N. 45 ss.) soddisfano gli **elementi oggettivi e soggettivi del reato** (o, in caso di reati di negligenza, gli elementi del reato; per elementi soggettivi particolari cfr. N. 58) di una disposizione penale locale che prevede una pena privativa della libertà di almeno un anno (N. 33 segg.). Ciò presuppone che la Svizzera abbia **giurisdizione penale** sul reato, cosa che deve essere verificata di conseguenza.

51 Se l'ipotetica sussistenza dei fatti è stata affermata, occorre inoltre verificare se secondo il diritto svizzero sussisterebbe un **motivo di giustificazione**. La giurisprudenza attuale la vede diversamente e intende limitarsi alla verifica della sussistenza dei fatti (il cosiddetto metodo astratto). Anche il Consiglio federale sembra aver ipotizzato una punibilità reciproca limitata in tal senso. A sostegno di questa posizione si potrebbe forse citare il testo in lingua tedesca dell'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP, che parla solo di «è punibile con una sanzione...». Tuttavia, già il testo francese e italiano della legge («est frappée

d'une sanction ...», «è passibile di una sanzione ...») sembrano avere una portata più ampia, e il cpv. 2 parla in tutte e tre le lingue ufficiali di «punibilità» («punissable», «punibilità»). L'elemento determinante deve essere l'interpretazione teleologica: la punibilità reciproca ha lo scopo di tutelare i valori e gli interessi nazionali (cfr. N. 22 seg.); tuttavia, sarebbe difficilmente conciliabile con questi ultimi, ad esempio, l'estradizione di una persona che ha agito per legittima difesa. Ora, è vero che la giurisprudenza concorda sul fatto che l'autorità che decide in materia di assistenza giudiziaria non deve, in linea di principio, procedere a una valutazione delle prove e a una ricostruzione autonoma dei fatti (cfr. N. 9 ss.). Tuttavia, se dalla descrizione dei fatti fornita dall'autorità straniera emerge già un motivo di giustificazione secondo i criteri del diritto svizzero (cosa che dovrebbe essere rara), occorre tenerne conto. Va inoltre osservato che il metodo astratto comporta anche il problema di dover decidere se il consenso abbia un effetto escludente (e quindi anche escludente la punibilità reciproca) o «semplicemente» giustificante.

I **motivi di esclusione della colpa** devono quindi essere esaminati (sulla base della descrizione dei fatti contenuta nella richiesta) in base alla ratio della punibilità reciproca (N. 22 f.) ed escludono, se del caso, l'estradizione, anche se ostacolano sia una pena che una misura privativa della libertà. Ciò vale in particolare per l'assenza di imputabilità penale (cfr. art. 3 della legge federale sul diritto penale minorile [LPMin] e contrario), l'errore inevitabile sull'illiceità (art. 21, prima frase, CP) o le scusanti di cui all'art. 16 cpv. 2 e all'art. 18 cpv. 2 CP, ma non a un grave disturbo psichico che, pur escludendo la colpa (e quindi la punibilità) (art. 19 cpv. 1 CP), consente una misura privativa della libertà ai sensi dell'art. 59 o dell'art. 64 cpv. 1 lett. b CP. 52

Ai fini di una **definizione** si può quindi affermare che sussiste **punibilità secondo il diritto svizzero** ai sensi dell'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP quando i fatti modificati sono da valutare come un reato, illegale e colposo o non colposo, ma che può dar luogo a una misura privativa della libertà. 53

d. Fattori da non esaminare. Compresi quelli espressamente esclusi dal cpv. 2

Non occorre verificare se le norme penali pertinenti dei due ordinamenti siano **identiche** o simili o se tutelino lo stesso **bene giuridico**. L'articolo 35 AIMP non richiede tali corrispondenze, ma si limita a stabilire che il reato 54

descritto nella richiesta sia punibile secondo il diritto di entrambi gli Stati (cosiddetta *identità del reato*). Di conseguenza, la verifica della punibilità reciproca non richiede un confronto tra le norme penali straniere e quelle nazionali.

55 Alcuni autori hanno espresso **critiche** a questa interpretazione e hanno sostenuto il requisito più rigoroso della cosiddetta *identità delle norme*. Ciò non significa, come potrebbe suggerire il termine, che si richieda una denominazione e una formulazione delle norme identiche, ma solo che gli elementi costitutivi dei reati siano uguali o simili. Da un lato, si sostiene che un procedimento straniero meriti sostegno solo se persegue gli stessi obiettivi del diritto penale nazionale e non semplicemente quando sussiste una doppia punibilità accidentale. Dall'altro lato, senza identità normativa si teme una punizione eccessiva all'estero, ad esempio quando l'offesa al capo dello Stato è un semplice reato contro l'onore secondo il diritto svizzero, mentre secondo il diritto straniero è un crimine. Il primo aspetto appare in parte comprensibile: si possono immaginare casi in cui i *motivi* stranieri per la criminalizzazione e la punizione contraddicono l'ordine dei valori nazionale. Ad esempio, quando la lesione e l'uccisione di persone non sono criminalizzate per proteggere l'incolumità fisica delle persone coinvolte, ma per proteggere la «proprietà» di un governante assolutista. Tuttavia, la *punizione* (di per sé) di tali atti rimane legittima secondo i valori e gli interessi locali riflessi nel diritto penale svizzero (N. 22 f.). Non è raro, tuttavia, che in un caso del genere ci si chieda se il perseguito riceverà un processo conforme ai diritti umani nello Stato straniero (in caso contrario, ciò costituisce un motivo indipendente di esclusione dall'estradizione). Più frequenti dei casi eclatanti del tipo descritto sono tuttavia quelli in cui la diversa denominazione dell'interesse protetto non è in contrasto con i valori locali e risale, ad esempio, a peculiarità storicamente consolidate dell'ordinamento giuridico in questione o anche semplicemente a un diverso rapporto di forze nella dottrina. Inoltre, sarebbe difficile per chi decide in materia di estradizione o di assistenza giudiziaria determinare per ogni richiesta l'orientamento protettivo delle norme penali pertinenti di entrambi gli Stati; già la determinazione del bene giuridico protetto da un reato svizzero può essere controversa. Inoltre, non sarebbe opportuno che le autorità svizzere esprimessero un giudizio sulla politica penale dello Stato richiedente. Per quanto riguarda il secondo argomento addotto a favore dell'identità delle norme, ovvero il rischio di pene eccessive all'estero in caso di rinuncia

all'identità delle norme, si può obiettare che il requisito dell'identità delle norme non è comunque uno strumento adeguato per ovviare a tali disparità di sanzioni, infatti, anche a parità di finalità di protezione, all'estero (ad esempio negli Stati Uniti) può essere inflitta una pena molto più severa. Uno strumento adeguato sembra piuttosto essere un obbligo (art. 80p cpv. 1 AIMP) nel singolo caso, secondo cui lo Stato richiedente deve garantire che non richiederà, imporrà o eseguirà sanzioni superiori a un limite massimo fissato, che secondo la concezione giuridica svizzera o la CEDU è ancora accettabile. Alla luce di quanto sopra, sembra preferibile determinare la portata della doppia incriminabilità in base all'identità del reato.

Inoltre, ai sensi dell'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP, nella valutazione della punibilità secondo il diritto svizzero non devono essere prese in considerazione **forme particolari di colpa e condizioni di punibilità**. Ciò significa che per affermare la punibilità secondo il diritto svizzero non è necessario che sussistano forme particolari di colpa e condizioni di punibilità richieste dai reati svizzeri. Ciò limita il criterio della doppia punibilità e amplia la cerchia dei fatti per i quali è ammessa l'estradizione. 56

Per **condizioni particolari di punibilità** si intendono le condizioni oggettive di punibilità. Nella letteratura viene proposta una *differenziazione* a seconda che la condizione derivi da particolarità procedurali (come ad esempio l'apertura della procedura di fallimento nei reati fallimentari [art. 163 segg. CP]) o da motivi di politica criminale e di dottrina giuridica (come ad esempio nel caso di rissa o aggressione [art. 133 segg. CP], dove la punibilità decorre solo dal momento in cui si verifica la lesione o l'uccisione di una persona, o nel caso di violazione della pace [art. 260 CP], che presuppone atti di violenza). L'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP dovrebbe applicarsi solo alle condizioni oggettive di punibilità del primo tipo, mentre quelle del secondo tipo riguarderebbero «la definizione stessa dell'ingiustizia punibile» e dovrebbero quindi essere prese in considerazione nell'esame della punibilità. Ciò è tuttavia in contrasto con la concezione classica delle condizioni oggettive di punibilità, secondo la quale queste riguardano solo la necessità della pena (economia penale) e, ad esempio, la rissa o l'aggressione costituiscono un illecito colposo o punibile anche se non si verificano lesioni o morte. Questa concezione classica evita il conflitto con il principio di colpa che sorgerebbe se si partisse dal presupposto che l'autore del reato viene punito per qualcosa che non rientra nella sua colpa (nel senso antico del 57

termine). Secondo la concezione classica, invece, l'autore del reato viene punito solo per il suo atto colpevole e la circostanza che lo esonera dalla colpa – ovvero la condizione oggettiva di punibilità – ha solo un effetto limitativo della punibilità o favorevole all'autore del reato. L'autore del reato si è quindi già meritato la pena con il suo atto, ha solo «fortuna» se la condizione non si verifica e lo Stato rinuncia quindi a intervenire. Poiché le condizioni oggettive di punibilità non (co)definiscono l'ingiustizia punibile, la loro esclusione dall'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP appare giustificabile o non soggetta a restrizioni. Si può tuttavia discutere – ma non in questa sede – se l'attribuzione tradizionale di singole caratteristiche alle condizioni oggettive di punibilità sia giustificata o se non sia invece necessaria un'altra interpretazione.

58 Il concetto di **forme particolari di colpa** si riferisce alle intenzioni, alle motivazioni o alle caratteristiche di atteggiamento richieste in singoli casi; si basa quindi sul concetto di colpa psicologica, ormai superato, della dottrina causale dell'azione. Spesso tali elementi soggettivi particolari non costituiscono di per sé un reato, ma solo una qualificazione, un privilegio o la sostituzione di un reato con un altro (cfr. ad esempio gli articoli 111 e 112 CP [particolare spregiudicatezza]; art. 142 cpv. 1 e 2, art. 158 n. 1 cpv. 1 e 3 CP [intenzione di arricchimento]; art. 141 e art. 137 CP [intenzione di appropriazione]). In questi casi, di norma, già il reato di base o il reato residuale raggiunge la soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP (cfr. N. 33), cosicché l'estradizione sarebbe ammissibile anche senza la disposizione dell'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP. Diverso è invece il caso degli elementi soggettivi particolari che costituiscono la base della punibilità (ad es. art. 115 CP [motivi egoistici]; art. 260^{quinquies} [intenzione di finanziare il terrorismo]; art. 261 cpv. 2 e 3, art. 262 n. 1 cpv. 2 CP [malizia]). Se li si annovera tra le forme particolari di colpa ai sensi dell'art. 35 cpv. 2 AIMP, ne consegue che, nell'esame della doppia punibilità, la punibilità secondo il diritto svizzero deve essere affermata anche se tali elementi mancano nel caso concreto. Ciò è tuttavia in contrasto con le valutazioni e gli interessi interni, ovvero con la ratio del requisito della doppia incriminabilità (cfr. N. 22 f.). Se, ad esempio, l'art. 115 CP criminalizza l'istigazione e l'aiuto al suicidio solo in caso di atti compiuti per motivi egoistici, tali motivi giustificano la punibilità; chi aiuta una persona sofferente a togliersi la vita per compassione non merita alcuna pena secondo la valutazione locale. Estradarlo in un altro Stato che ha criminalizzato qualsiasi aiuto al suicidio indipendentemente dalla motivazione

dell'autore del reato sarebbe in contraddizione con questa valutazione e la Svizzera non avrebbe alcun interesse a sostenere questo procedimento straniero. Per evitare questo conflitto, l'articolo 35 cpv. 2 lettera a AIMP deve essere interpretato in modo teleologico e restrittivo: per «forme particolari di colpa» ai sensi di questa disposizione si intendono solo quelle intenzioni, motivazioni e caratteristiche dell'atteggiamento mentale che non costituiscono affatto un reato. In questo modo, la restrizione di cui all'articolo 35 cpv. 2 lettera a AIMP ha solo un'importanza pratica molto limitata: essa consente l'estradizione solo nei casi in cui il reato soddisferebbe unicamente un elemento costitutivo di base o residuale al di sotto della soglia di cui all'articolo 35 cpv. 1 lettera a AIMP, ma esiste ancora un elemento costitutivo qualificante o alternativo che raggiunge la soglia e si caratterizza per un elemento soggettivo particolare. L'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP consente quindi di affermare la punibilità in base a questo reato più grave, anche se manca l'elemento soggettivo particolare da esso presupposto. L'interpretazione qui proposta appare ammissibile anche in considerazione del fatto che la presa di posizione del Consiglio federale sull'art. 35 cpv. 2 lett. a dell'AIMP risale a molto tempo fa e non affronta la problematica qui discussa, ma forse l'ha trascurata.

Ai sensi dell'articolo 35 cpv. 2 lettera b AIMP, nel valutare la punibilità 59
secondo il diritto svizzero non si tiene conto delle condizioni relative al campo di applicazione personale e temporale del CP e del Codice penale militare (CPM) per quanto riguarda le disposizioni penali relative al genocidio, ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra. Per questi reati gravissimi (tutti e tre reati fondamentali di diritto internazionale) devono applicarsi norme speciali, il più possibile favorevoli al perseguimento penale e all'assistenza giudiziaria, come risulta anche dall'esclusione dell'eccezione di reato politico ai sensi dell'articolo 3 cpv. 2 AIMP. In base all'articolo 35 cpv. 2 lettera b AIMP, non è necessario verificare l'applicabilità personale del MStG, il cui ambito di applicazione varia a seconda che si tratti di tempo di pace, di servizio attivo o di tempo di guerra. L'esclusione delle norme relative al campo di applicazione temporale (art. 2 CP, art. 2 CPM) implica che il divieto di retroattività non trova applicazione, cosa che comunque non è il caso nell'ambito della verifica della punibilità secondo il diritto svizzero (in quanto diritto dello Stato richiesto) (cfr. N. 44).

60 Non occorre quindi prestare attenzione ai **concorrenti**: se un fatto soddisfa diversi reati secondo il diritto dello Stato richiedente, ma secondo il diritto svizzero ne soddisferebbe solo uno o più, di cui però uno prevalerebbe sugli altri, sussiste la doppia punibilità e l'estradizione può essere concessa per tutti i reati purché il reato svizzero pertinente o rimanente raggiunga la soglia minima di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP. Se secondo il diritto svizzero fosse applicabile solo un reato privilegiato, la cui pena, a differenza del reato di base, non raggiunge tale soglia, la sanzione minima richiesta non sarebbe soddisfatta e l'estradizione sarebbe inammissibile, a meno che il reato privilegiato non sia caratterizzato esclusivamente da elementi soggettivi particolari irrilevanti ai sensi dell'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP (cfr. N. 58).

61 Inoltre, eventuali **motivi di attenuazione della pena** sono irrilevanti. Infatti, un motivo di attenuazione della pena consente solo di scendere al di sotto della pena minima prevista e di riconoscere un altro reato (art. 48a CP); non impone tuttavia, in caso di reato che raggiunge la soglia di cui all'art. 35 cpv. 1 lett. a AIMP, uno spostamento della pena al di sotto di tale soglia. Diverso è il caso in cui il reato è punibile con una pena detentiva massima di esattamente un anno; in caso di attenuazione obbligatoria della pena, questa non può più essere inflitta. Tuttavia, in un caso del genere (raro), alla luce dell'art. 35 cpv. 2 lett. a AIMP a maiore ad minus, sarebbe opportuno escludere la riduzione della pena nella valutazione della punibilità secondo il diritto svizzero.

62 Infine, non occorre esaminare la sussistenza dei **requisiti procedurali**, quali ad esempio una denuncia penale o un'autorizzazione. Anche la *prescrizione*, la cui natura è certamente controversa, non viene esaminata sotto il profilo della punibilità; essa è oggetto di una normativa specifica (art. 5 cpv. 1 lett. c AIMP).

e. Intensità dell'esame

63 Secondo la giurisprudenza, la doppia punibilità o l'esame della punibilità secondo il diritto svizzero deve essere sottoposto solo a un **esame prima facie**. Ciò significa che non è necessario un esame meticoloso e dettagliato e che è possibile escludere questioni giuridiche complesse. Secondo il parere qui espresso, la ratio della doppia incriminabilità (N. 22 f.), che mira a tutelare i valori e gli interessi nazionali, nonché le conoscenze specialistiche delle autorità nazionali in materia di diritto interno (cfr. N. 49) a sottoporre l'esame della punibilità secondo il diritto svizzero a requisiti più severi rispetto alla

valutazione della punibilità secondo il diritto straniero, dove è sufficiente un esame di ragionevolezza (cfr. N. 49). Di conseguenza, dovrebbe essere richiesto che il comportamento *sarebbe probabilmente punibile* secondo il diritto svizzero (nel senso delle precisazioni di cui sopra [N. 50 segg.]). Un margine di incertezza può essere accettato, date le numerose controversie ancora aperte sull'interpretazione corretta delle disposizioni penali e la giurisprudenza del Tribunale federale talvolta carente o oscillante.

C. Presupposto negativo: assenza di giurisdizione svizzera (cpv. 1 lett. b)

64 Come presupposto negativo dell'estradizione, l'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP stabilisce che il reato non deve essere soggetto alla giurisdizione svizzera. L'art. 36 cpv. 1 AIMP prevede un'importante **eccezione** a tale regola nel caso in cui circostanze particolari, in particolare la possibilità di una particolare reinserimento sociale, giustifichino l'estradizione (nonostante la giurisdizione svizzera). La giurisprudenza riconosce ulteriori «circostanze particolari», cosicché, ad esempio, anche per motivi di economia procedurale e per consentire una valutazione congiunta di più autori di reati all'estero, se sussiste la giurisdizione svizzera.

65 La giurisdizione svizzera è determinata in particolare dagli articoli 3 e seguenti del CPP; ulteriori norme giustificative si trovano nella parte speciale del CPP e nel diritto penale accessorio. Il testo dell'articolo 35 cpv. 1 lettera b AIMP sembra escludere l'estradizione in caso di giurisdizione svizzera, indipendentemente dal fatto che essa si basi sul principio di territorialità, sul principio di protezione o sul principio di personalità attiva, ecc. Il messaggio del Consiglio federale chiarisce tuttavia che per «giurisdizione» si intende solo quella basata sul principio di territorialità. Di conseguenza, l'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP deve essere interpretato nel senso che è limitato **alla giurisdizione svizzera basata sulla territorialità** (art. 3 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 8 CP). All'elemento interpretativo *storico* si aggiunge infatti quello *teleologico*: la giurisdizione penale svizzera basata sul principio di territorialità è di norma la più importante per il territorio nazionale; sarebbe contrario al principio dell'assistenza giudiziaria se la Svizzera, ad esempio, in caso di giurisdizione penale nazionale basata sul principio di personalità passiva (art. 7 cpv. 1 CP), non potesse estradare lo Stato in cui è stato commesso il reato. Anche l'elemento interpretativo *sistematico* depone a favore della suddetta

interpretazione restrittiva dell'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP. Infatti, diverse disposizioni di diritto penale relative a reati commessi all'estero richiedono – di norma come presupposto processuale – che l'autore del reato non sia estradato (ad es. art. 7 cpv. 1 lett. c CP). Se però l'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP escludesse l'estradizione anche in caso di giurisdizione penale svizzera fondata su extraterritorialità, dall'interazione di queste disposizioni risulterebbe che la Svizzera dovrebbe in linea di principio sempre procedere autonomamente e solo in via sussidiaria procedere all'estradizione. Ciò non sarebbe né nell'intenzione del legislatore né compatibile con la prassi del Tribunale federale di offrire prima l'estradizione. E nella misura in cui le disposizioni penali in questione stabiliscono che la non estradizione è addirittura un presupposto della giurisdizione penale interna (e quindi della giurisdizione) e non solo un presupposto processuale – vale a dire nel caso dell'esercizio sostitutivo della giurisdizione penale (art. 7 cpv. 2 lett. a CP) –, tali disposizioni diventerebbero circolari se l'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP si riferisse anche alla giurisdizione extraterritoriale. Infatti, per giustificare la giurisdizione penale ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. a CP, l'autore del reato non dovrebbe essere estradato, cosa che non avviene ai sensi dell'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP in caso di giurisdizione penale ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. a CP.

66 Il fatto che lo Stato richiesto possa rifiutare l'estradizione se, in base al principio di territorialità, ha esso stesso giurisdizione penale sui fatti (cosiddetto **privilegio di perseguimento penale dello Stato richiesto**) è espressamente garantito in vari trattati internazionali, ad esempio nell'art. 7 n. 1 EAÜ. Si tratta in questo caso di un motivo di rifiuto facoltativo.

67 Nel caso della giurisdizione svizzera, in base al **principio della protezione dello Stato** (art. 4 cpv. 1 CP; a condizione che l'autore del reato sia così sciocco da entrare nel territorio nazionale dopo aver commesso il reato) o al **principio della bandiera o dell'immatricolazione**, simile al principio di territorialità, il rifiuto dell'estradizione a favore di un proprio procedimento penale può apparire altrettanto opportuno. Tuttavia, non è necessario ricondurre questi casi all'art. 35 cpv. 1 lett. b AIMP, poiché l'estradizione ai sensi dell'AIMP è comunque facoltativa (N. 7) e in tali casi può già essere rifiutata con riferimento al proprio interesse penale della Svizzera.

Ringraziamenti:

L'autore ringrazia gli editori del commento online e l'avvocato Dr. Giuseppe Aufiero per le sue attente osservazioni.

BIBLIOGRAFIA

Arzt Gunther, Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe, in: Jenny Guido/Kälin Walter (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 417–441.

Asp Petter/Hirsch Andrew von/Frände Dan, Double Criminality and Transnational Investigative Measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle, ZIS 2006, S. 512–520.

Bantekas Ilias, International Criminal Law, 4. Aufl., Oxford et al. 2010.

Benz Wolfgang B., Das Prinzip der identischen Norm im internationalen Auslieferungsrecht, Aarau 1941.

Blakesley Christopher L., Rumination on Extradition & Human Rights, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich et al. 2002, S. 191–217.

Bommer Felix, Vorbemerkungen zu Art. 19 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität, Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2010.

Cleric Georg Franz von, Die Bedeutung des Strafantrages im internationalen Auslieferungsrecht der Schweiz, SJZ 1921/22, S. 113–117.

Conrad Peter, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

Dewulf Steven, Extradition and Surrender, in: Caeiro Pedro/Gless Sabine/Mitsilegas Valsamis/Costa Miguel João/Snaijer Janneke de/Theodorakakou Georgia (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice, Cheltenham et al. 2024, S. 304–315.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Fiolka Gerhard, Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich et al. 2017, S. 605–617.

Gafner d'Aumeries Sonja, Le principe de la double incrimination, Basel 1992.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Hamaker Hendrik Jacobus, Über die Auslieferung der Inländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen, Archiv des öffentlichen Rechts 1886, S. 279–308.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich et al. 2002 (zit. Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heimgartner Stefan, Der Fall Polanski – internationalstrafrechtliche Aspekte, in: Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R., Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, S. 137–148 (zit. Heimgartner, Polanski).

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 64 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

Kaltchas Emmanuel, De l'extradition en cas de concours de compétences de plusieurs États, Lausanne 1934.

Kaufmann Barbara, Kommentierung zu Art. 1a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 28.3.2025, https://

onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1a, DOI: 10.17176/20230908-105955-0.

Keshelava Tornike/Payer Andrés, Vorbemerkungen zu Art. 3 ff. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans/Maeder Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 5. Aufl., Basel, im Erscheinen.

Kubiciel Michael, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Ambos Kai/König Stefan/Rackow Peter (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., Basen-Baden et al. 2020.

Lammasch Heinrich, Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887.

Langhard Johann, Das schweizerische Auslieferungsrecht nebst den Auslieferungsverträgen der Schweiz, Bern 1910.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, fp 2020, S. 149–154 (zit. Ludwiczak Glassey, Biens culturels).

Ludwiczak Glassey Maria, La double incrimination en entraide judiciaire en matière pénale : un principe en quête de sens, in: Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (Hrsg.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Bern 2022, S. 313–324 (zit. Ludwiczak Glassey, Double incrimination).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 51 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr. 421 und 422, Genf 1982.

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 1, Leipzig 1888 (zit. von Martitz, Rechtshilfe I).

Martitz Ferdinand von, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. 2, Leipzig 1897 (zit. von Martitz, Rechtshilfe II).

Meili Friedrich, Die Doktrin des internationalen Strafrechts und ihre heutigen Aufgaben, in: Festgabe dem Schweizer Juristenverein bei seiner 46. Jahresversammlung, 28. und 29. September 1908 in Zürich, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1908, S. 1–44.

Moock Merle von, Auslieferungsrechtliche Probleme an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2001.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Basel 2004.

Mörsberger Manfred, Das Prinzip der identischen Norm im Auslieferungsrecht, Berlin 1969.

Murschetz Verena, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Wien 2007.

Payer Andrés, Kommentierung zu Art. 32 IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe für Strafsachen – Version: 6.1.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg32, DOI: 10.17176/20230908-111231-0.

Payer Andrés, Strafrecht als Mittel zu einer diskriminierungsfreien Gesellschaft? Vorüberlegungen zu einem Kriminalstraftatbestand der Diskriminierung, Journal für Strafrecht 2025, 235–246 (zit. Payer, Diskriminierung).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Roxin Claus/Greco Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., München 2020.

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013.

Schierholt Christian, Kommentierung zu § 3 IRG, in: Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020.

Schork Alexander, Das Auslieferungsverfahren in der Schweiz und in Deutschland unter Einbeziehung des Europäischen Haftbefehls, Frankfurt a.M. 2009.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953 (zit. Schultz, Auslieferungsrecht).

Schultz Hans, Das Ende der Auslieferung?, in: Oehler Dietrich/Pötz Paul-Günter (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, Hamburg 1970, S. 138–148 (zit. Schultz, Ende).

Schultz Hans, Les principes du droit d'extradition traditionnel, in: Conseil de l'Europe (Hrsg.), Aspects juridiques de l'extradition entre États européens, Strassburg 1970, S. 7–25 (zit. Schultz, Principes).

Schwaighofer Klaus, Auslieferung und Internationales Strafrecht, Wien 1988.

Schwarzenbach Alfred, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 22. Januar 1892 und den geltenden Verträgen, Zürich 1901.

Shearer Ivan Anthony, Extradition in International Law, Manchester 1971.

Staffler Lukas, Reichweite und Grenzen der Sachverhaltswürdigung im Auslieferungsverfahren bei Unterstützung terroristischer Organisationen, Besprechung von BGer, Urteil vom 12.6.2020, 1C_228/2020 und 1C_261/2020, fp 2021, S. 149–155.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich et al. 2022.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Travers Maurice, L'entraide répressive internationale et la loi française du 10 mars 1927, Paris 1928.

Vogel Joachim, Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union, JZ 2001, S. 937–943.

Wilt Harmen van der, The Law and Practice of Extradition, Abingdon et al. 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

I MATERIALI

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1977, Bd. 5, Wintersession, Ständerat, Sitzung vom 29.11.1977, Geschäft Nr. 76.033, S. 612–637, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20006302.pdf?id=20006302, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 12.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 647–664, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007652.pdf?ID=20007652, besucht am 24.8.2025.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 1979, Bd. II, Sommersession, Nationalrat, Sitzung v. 21.6.1979, Geschäft Nr. 76.033, S. 845–865, abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20007686.pdf?ID=20007686, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 9.6.1890, BBl 1890 III 316 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_316_193_/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung von sechs Übereinkommen des Europarates vom 1.3.1966, BBl 1966 I 457 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1966/1_457__/de, besucht am 24.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen

vom 8.3.1976, BBl 1976 II 444 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

Botschaft zur Revision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de, besucht am 17.8.2025.

Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), Entwurf, BBl 1976 II 491 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 17.8.2025.

GUIDA

Bundesamt für Justiz BJ, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl., Bern 2009 (Rechtsprechung Stand Mai 2010), abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 20.8.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 47 AIMP

Un commentario di Olivier Peter

CITAZIONE SUGGERITA

Olivier Peter, Commentario all'art. 47 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Peter, art. 47 AIMP N. XXX.

Sezione 3: Carcere in vista d'estradizione e sequestro conservativo

Art. 47 Ordine di arresto e altre decisioni

[1] L'UFG emette un ordine di arresto in vista d'estradizione. Esso può prescindervi segnatamente se la persona perseguita:

a. verosimilmente non si sottrarrà all'estradizione né comprometterà l'istruzione penale, o

b. può produrre immediatamente il suo alibi.

[2] Se la persona perseguita non è in condizione d'essere incarcerata o se altri motivi lo giustificano, l'UFG può, in luogo della carcerazione, decidere altri provvedimenti cautelari.

[3] Simultaneamente, esso decide quali oggetti e beni debbano rimanere od essere messi al sicuro.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 180
II. Condizioni 181
A. Richiesta di estradizione non manifestamente inammissibile 181
B. Rischio di fuga o di intralcio alle indagini (art. 47 cpv. 1 a AIMP) 182
C. Assenza di alibi (art. 47 cpv. 1 b AIMP) 183
D. Idoneità a subire la detenzione (art. 47, comma 2) 184
E. Inefficacia delle misure sostitutive (art. 47 cpv. 2 in fine AIMP) 185
III. Sequestri (art. 47 cpv. 3) 187
Bibliografia 187

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

1 La **detenzione in vista dell'estradizione** costituisce una misura coercitiva di diritto amministrativo. Essa mira principalmente a garantire gli obiettivi della procedura di estradizione e, indirettamente, a sostenere l'assistenza giudiziaria in materia penale straniera.

2 Il **mandato di arresto** è emesso dall'UFG. Esso fa seguito all'arresto provvisorio effettuato dalla polizia. La decisione deve essere presa entro tre giorni lavorativi dall'arresto, pena la revoca della misura coercitiva provvisoria. Il mandato di arresto può essere anticipato via fax, e-mail o telefono, ma deve essere confermato per iscritto entro il termine sopra indicato. La decisione deve essere notificata alla persona perseguita, dopodiché l'autorità la informa dei suoi diritti e le offre la possibilità di far valere i motivi di opposizione al mandato di arresto e/o all'estradizione.

3 Secondo la giurisprudenza, ripresa dalla dottrina, la pronuncia di una misura privativa della libertà nei confronti della persona oggetto di una richiesta di estradizione costituisce «**la regola**» e ciò, in linea di principio, durante tutto il procedimento. La libertà della persona interessata durante il procedimento costituisce l'eccezione. Il Tribunale federale giustifica questa interpretazione con gli obblighi internazionali della Svizzera di garantire la consegna della persona allo Stato richiedente. Le condizioni che consentono di ordinare la detenzione in vista dell'estradizione sarebbero quindi più flessibili di quelle previste dal legislatore per la pronuncia della detenzione provvisoria nel procedimento penale. In quest'ultimo caso, il legislatore ha infatti espressamente previsto che il principio è che l'imputato «rimanga in libertà» e che la detenzione costituisce l'eccezione.

4 L'interpretazione delle condizioni che consentono di emettere un mandato di arresto ai fini dell'estradizione deve tuttavia rispettare il **diritto alla libertà** personale, garantito dalla Costituzione federale e dal diritto internazionale. Qualsiasi limitazione della libertà di una persona deve essere giustificata da un interesse pubblico ed essere proporzionata allo scopo perseguito, come nel caso dell'emissione di un mandato di arresto in un procedimento di estradizione. Come ricordato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una causa riguardante la Svizzera, «la detenzione preventiva deve apparire come l'ultima soluzione, giustificata solo quando tutte le altre opzioni disponibili si

rivelano insufficienti». Riteniamo che tale principio si applichi anche alla detenzione a fini di estradizione. L'interpretazione «più flessibile» proposta dal Tribunale federale non esonera quindi l'autorità dall'obbligo di procedere a un esame rigoroso della proporzionalità.

II. CONDIZIONI

L'UFG può emettere un mandato di arresto ai fini dell'estradizione solo se sono soddisfatte le seguenti **condizioni cumulative**: 5

- All'autorità è stata presentata una richiesta di estradizione che non è manifestamente inammissibile (2.1);
- Esiste un rischio di fuga e/o di intralcio alle indagini (2.2);
- La persona non è in grado di fornire immediatamente un alibi (2.3);
- La persona è idonea alla detenzione (2.4) e
- Nessuna misura alternativa consente di attenuare in modo significativo il rischio di fuga e/o di collusione (2.5).

A. Richiesta di estradizione non manifestamente inammissibile

Un mandato d'arresto può essere emesso quando lo Stato richiedente ha presentato una domanda di estradizione che include **informazioni sufficienti** sull'identità della persona ricercata, nonché sui fatti e sui reati che le sono contestati. 6

Anche in **assenza di un mandato formale**, può essere provvisoriamente disposta una misura coercitiva quando lo Stato richiesto lo richiede espressamente e comunica la sua intenzione di presentare una domanda di estradizione. L'UFG può anche adottare d'ufficio misure coercitive in caso di pericolo imminente. 7

Le informazioni comunicate devono dimostrare che la richiesta non è **manifestamente inammissibile o inopportuna**. La richiesta di estradizione non deve in particolare: 8

- riguardare una persona di nazionalità svizzera;
- provenire da uno Stato che non ha manifestamente la competenza per perseguire i fatti;

- comportare il perseguimento da parte di un tribunale speciale o l'esecuzione di una pena pronunciata da un tale tribunale;
- riguardare un reato di carattere manifestamente politico, militare o fiscale;
- riguardare sanzioni o fatti manifestamente prescritti;
- riguardare fatti manifestamente non punibili secondo il diritto svizzero;
- riguardare fatti che costituiscono un caso di lieve entità e/o sono punibili con una pena inferiore a un anno.

B. Rischio di fuga o di intralcio alle indagini (art. 47 cpv. 1 a AIMP)

9 Un mandato di arresto può essere emesso solo se sussiste il **rischio** che la persona «si sottragga all'estradizione» o «intralci (...) le indagini» . Questi termini corrispondono al «rischio di fuga» e al «rischio di collusione» che possono giustificare una privazione della libertà nel procedimento penale, anche se la giurisprudenza richiede che tali rischi siano ammessi in modo più ampio per pronunciare una detenzione a fini di estradizione. Giustamente, il legislatore non ha previsto la possibilità di emettere un mandato di arresto a causa del rischio di recidiva.

10 Nella pratica, è il **rischio di fuga** che viene invocato per giustificare l'emissione di un mandato d'arresto. Il concetto di «ostacolo alle indagini» non è oggetto di particolari approfondimenti nella dottrina e nella giurisprudenza. In particolare, non è chiaro se il legislatore abbia voluto giustificare l'emissione della misura con il rischio di un'ostruzione all'istruzione del procedimento amministrativo di estradizione o se si tratti di un rischio di collusione in relazione al procedimento penale eventualmente avviato nello Stato richiedente. In quest'ultimo caso, il rischio di intralcio non potrebbe essere invocato trattandosi di una domanda di estradizione finalizzata all'esecuzione di una pena.

11 Il rischio di fuga deve essere **riconosciuto in modo restrittivo** quando la persona ha sviluppato stretti e duraturi legami familiari e professionali con la Svizzera, in particolare la durata del soggiorno ed eventuali stretti legami familiari con persone residenti nel Paese. L'UFG deve inoltre tenere conto del tipo di reato contestato, della pena prevista e dell'esistenza di una condanna definitiva. Devono essere presi in considerazione anche i problemi di salute

che potrebbero impedire la fuga all'estero. L'età avanzata può essere un fattore che riduce la probabilità di fuga.

Il testo di legge precisa che, in **assenza di rischio di fuga e di collusione**, l'autorità *può* rinunciare all'emissione di un mandato d'arresto. Riteniamo che la privazione della libertà nei confronti di una persona che non intende sottrarsi al procedimento né ostacolarlo costituirebbe una misura sproporzionata e violerebbe quindi il diritto alla libertà personale. In assenza di tali rischi, la privazione della libertà dovrebbe essere esclusa. 12

C. Assenza di alibi (art. 47 cpv. 1 b AIMP)

La detenzione in vista dell'estradizione non può essere disposta quando la persona ricercata può fornire un **alibi** che costituisce un motivo di rifiuto dell'estradizione. Si tratta di un'eccezione al principio secondo cui spetta ai giudici stranieri di merito pronunciarsi sulla realtà dei fatti contestati e sulla colpevolezza della persona perseguita. Questa regola deriva da un principio generale del diritto dell'estradizione. Lo scopo è quello di risparmiare a una persona manifestamente innocente i rigori di un procedimento penale. 13

Secondo la giurisprudenza federale, il termine «alibi» deve essere inteso nel suo **significato restrittivo** tradizionale, ovvero in senso letterale. La persona deve dimostrare che non si trovava sul luogo del reato al momento dei fatti, contrariamente a quanto indicato nella richiesta di estradizione, anche se la sua presenza è una condizione per la realizzazione del reato contestato e/o per la competenza a perseguire dello Stato richiedente. 14

Un'interpretazione troppo restrittiva della prova dell'infondatezza dei fatti contestati sarebbe tuttavia **incompatibile** con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale «il persistere di motivi plausibili per sospettare che la persona arrestata abbia commesso un reato è una condizione *sine qua non* per la regolarità della detenzione». 15

La giurisprudenza prevede che, per impedire l'emissione di un (futuro) mandato d'arresto, la prova dell'alibi deve consentire di escludere la partecipazione a tutti i reati contestati nella (futura) richiesta di estradizione. Questa posizione meriterebbe di essere sfumata. Infatti, un **alibi parziale** può comunque avere un impatto sulla gravità dei fatti contestati e sulla possibilità di pronunciare misure alternative. 16

17 Spetta alla persona interessata **fornire la prova**, che in linea di principio non è amministrata dall'OFG. L'amministrazione di una prova essenziale da parte dell'autorità penale non è esclusa dal legislatore e dovrebbe essere ammessa in circostanze particolari. È il caso in cui la persona oggetto del mandato di arresto invoca un rischio di confusione di persona: l'UFG dovrebbe allora poter chiedere informazioni supplementari all'autorità richiedente. Lo stesso vale se le informazioni che dimostrano che l'accusa contenuta nella domanda di estradizione è infondata sono già in possesso di un'autorità federale o cantonale.

18 La prova deve essere **immediata e univoca**, ad esempio dimostrando che si tratta di un errore di persona. La giurisprudenza richiede un elevato grado di prova per ammettere l'esistenza di un alibi, in particolare per quanto riguarda la credibilità dei testimoni che intervengono a favore della persona oggetto della richiesta di estradizione.

19 La legge e la giurisprudenza prevedono che la prova debba essere fornita **senza indugio**, ovvero «immediatamente». Un'affermazione accompagnata dall'annuncio di prove future non è sufficiente per impedire l'emissione di un mandato di arresto. Riteniamo che tale posizione, basata su una giurisprudenza risalente al 1983 e sul breve termine per confermare la detenzione provvisoria, sia poco adeguata alla realtà di un procedimento in cui la persona oggetto della misura ha bisogno di tempo per organizzare la propria difesa e raccogliere le prove utili, che spesso devono essere ottenute dall'estero e possono riguardare fatti risalenti a molto tempo prima. La prova dell'alibi potrà comunque essere presentata successivamente, nell'ambito di una richiesta di liberazione che potrà essere presentata nel corso del procedimento.

D. Idoneità a subire la detenzione (art. 47, comma 2)

20 La privazione della libertà nell'ambito dell'estradizione può essere disposta solo se la persona è **in grado di sopportare la detenzione**. Ciò implica da un lato tenere conto dello stato di salute della persona e dall'altro dell'impatto della detenzione su di essa. Secondo la giurisprudenza federale, l'età avanzata non è di per sé sufficiente per escludere la detenzione. Una persona è considerata incapace di sopportare la detenzione quando è altamente probabile che la detenzione metta in pericolo la sua vita e la sua salute. Quando la persona invoca il rischio di suicidio, il Tribunale penale federale

ritiene che tale rischio debba essere ammesso «con grande cautela». Ciò implica la presa in considerazione dei problemi di salute fisica, ma anche di eventuali disturbi psichici che richiedono cure mediche.

A seconda delle circostanze, la privazione della libertà può essere eseguita in un'unità ospedaliera specializzata o la detenzione può essere accompagnata da un trattamento ambulatoriale. In questo contesto, le autorità devono essere in grado di garantire un'**assistenza adeguata** e una strategia terapeutica globale volta a porre rimedio ai problemi di salute o a prevenirne l'aggravamento piuttosto che a trattarne i sintomi. 21

Quando la detenzione è **incompatibile con lo stato di salute** e le esigenze di assistenza terapeutica, non può essere emesso un mandato di arresto. 22

E. Inefficacia delle misure sostitutive (art. 47 cpv. 2 in fine AIMP)

Non può essere emesso un mandato di arresto se l'adozione di **misure sostitutive** meno severe della detenzione è sufficiente a garantire che la persona non fugga o non ostacoli illecitamente il procedimento. Le misure sostitutive non devono offrire una «garanzia assoluta» dell'assenza di concretizzazione del o dei rischi, ma essere idonee ad «attenuare in modo significativo» il rischio individuato. In tal caso, in applicazione del principio di proporzionalità, tali misure devono essere disposte, pena la violazione della libertà personale della persona interessata. 23

Per quanto riguarda le **garanzie**, l'importo dipende dalla gravità dei fatti contestati e dalla situazione personale della persona di cui è richiesta l'estradizione. L'entità della garanzia deve essere valutata in relazione alle risorse della persona, ai suoi legami con persone che potrebbero fungere da garanti e alla fiducia che si può riporre nel fatto che la prospettiva di perdere l'importo impegnato costituisca un deterrente sufficientemente forte da scongiurare qualsiasi tentativo di fuga. 24

Ciò implica un **obbligo di maggiore collaborazione** da parte della persona di cui è richiesta l'estradizione al fine di consentire di accertare la sua situazione finanziaria e relazionale, la situazione finanziaria di eventuali parenti chiamati a versare la cauzione, nonché l'origine dei fondi offerti a titolo di garanzia. L'assenza di elementi concreti sulla situazione finanziaria della persona o dei suoi parenti è un motivo addotto dal Tribunale federale 25

per dichiararsi incapace di determinare un importo adeguato per un'eventuale garanzia finanziaria.

26 Si raccomanda inoltre che l'**importo** sia specificato dalla persona che propone il versamento di una garanzia.

27 La **garanzia** può assumere la forma di un deposito in contanti o di una garanzia fornita da una banca o da un'assicurazione con sede in Svizzera. Per questo motivo, il Tribunale penale federale ha rifiutato una garanzia sotto forma di iscrizione nel registro fondiario di un pegno su un immobile o la consegna di azioni. La questione se una garanzia possa assumere la forma della consegna di un oggetto di valore non sembra essere stata risolta dalla giurisprudenza. Tale ipotesi sembra tuttavia contraria alla volontà del legislatore, che ha soppresso tale riferimento dal testo di legge in occasione della revisione delle norme procedurali.

28 Per quanto riguarda la **sorveglianza elettronica**, occorre prendere in considerazione due sistemi distinti. Da un lato, l'applicazione di un braccialetto elettronico che consente solo di sapere se una persona si trova in un determinato perimetro. Un dispositivo di questo tipo consente solo di constatare *a posteriori* l'evasione. Ha un effetto preventivo limitato sul rischio che la persona si sottragga all'estradizione e dovrebbe quindi essere accompagnato da altre misure, come il versamento di una cauzione. D'altra parte, si può prendere in considerazione un sistema che consenta di seguire «le tracce» della persona e di garantire una sorveglianza in tempo reale, con l'intervento immediato della polizia. L'introduzione di un sistema di «*Electronic Monitoring*» è espressamente raccomandata dalla giurisprudenza federale da diversi anni. Questa misura consente di ridurre significativamente il rischio di fuga e quindi di rinunciare all'emissione di numerosi mandati d'arresto.

29 La giurisprudenza federale sostiene un approccio molto restrittivo nell'ammissione di misure sostitutive della detenzione atte a scongiurare il rischio di fuga e/o di collusione. Come ricordato *supra*, la posizione adottata dai tribunali svizzeri potrebbe essere **incompatibile con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,** che ricorda che «la detenzione preventiva deve apparire come l'ultima soluzione, giustificata solo quando tutte le altre opzioni disponibili si rivelano insufficienti». Riteniamo che l'emissione di un mandato d'arresto in un procedimento di estradizione sia

possibile solo se l'autorità dimostra che l'adozione di una o più misure sostitutive non consente di ovviare ai rischi invocati.

III. SEQUESTRI (ART. 47 CPV. 3)

Contemporaneamente all'emissione del mandato di arresto ai fini dell'estradizione o all'ordinanza di misure sostitutive, l'UFG decide in merito agli oggetti e ai valori sequestrati dalla polizia al momento dell'arresto della persona perseguita. Può ordinare il mantenimento dei sequestri, la loro revoca o nuovi sequestri. Tale decisione può essere pronunciata anche in un momento successivo del procedimento. 30

La misura mira a poter rispondere a un'**eventuale richiesta di consegna di oggetti o valori**, di consegna di mezzi di prova o all'esecuzione di una sentenza straniera, in particolare nell'ambito di una confisca. La giurisprudenza del Tribunale federale prevede anche la possibilità di pronunciare un sequestro a copertura delle spese. 31

Se l'estradizione è accolta, l'DFI ordina in linea di principio anche la **consegna degli oggetti o dei valori** trovati sulla persona perseguita che possono servire come mezzi di prova o che sono il prodotto del reato contestato. 32

Informazioni sull'autore

Avvocato presso l'Ordine degli avvocati di Ginevra

BIBLIOGRAFIA

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire EIMP, Bâle 2024.

Forster, Marc, Commentaire de l'article 47 EIMP, in: Niggli, Marcel Alexander/Heimgarten, Stefan (édit), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

Message du Conseil federal à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté sur les reserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8 mars 1976 (ci-après: " le message du Conseil federal du 8 mars 1976"), FF 1976 II 430 ss.

Guide sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Interdiction de la Torture, 31 août 2024.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 48 AIMP

Un commentario di Olivier Peter

CITAZIONE SUGGERITA

Olivier Peter, Commentario all'art. 48 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/ Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Peter, art. 48 AIMP N. XXX.

Art. 48 Contenuto

[1] Le decisioni di cui all'articolo 47 contengono:

a. le indicazioni dell'autorità straniera sulla persona perseguita e sul reato contestatole;

b. la designazione dell'autorità che ha presentato la domanda;

c. la menzione che l'estradizione è domandata;

d. l'indicazione del diritto di interporre reclamo secondo il capoverso 2 e di farsi patrocinare.

[2] Contro queste decisioni è ammesso, entro dieci giorni dalla notificazione scritta dell'ordine di arresto, il reclamo alla Corte dei

reclami penali del Tribunale penale federale. Gli articoli 379–397 CPP sono applicabili per analogia.

STRUTTURA

I. Contenuto del mandato di arresto (art. 48, cpv. 1, AIMP) 192
A. Indicazioni sui fatti (art. 48 cpv. 1 lett. a AIMP) 192
B. Indicazione dell'autorità che presenta la richiesta (art. 48 cpv. 1 lett. b AIMP) .. 193
C. Indicazione che viene richiesta l'estradizione (art. 48 cpv. 1 lett. c AIMP) 193
D. Indicazioni relative al diritto di ricorso e ai diritti connessi (art. 48 cpv. 1 lett. d AIMP) 193
II. Mezzi di ricorso (art. 48 cpv. 2 AIMP) 194
A. Ricorso dinanzi al Tribunale penale federale 195
B. Ricorso al Tribunale federale 197
C. Ricorso dinanzi a un organo internazionale 197
Bibliografia 198

I. CONTENUTO DEL MANDATO DI ARRESTO (ART. 48, CPV. 1, AIMP)

1 L'art. 48 AIMP disciplina il contenuto del mandato di arresto ai fini dell'estradizione. Tale disposizione concretizza, in materia di detenzione in vista dell'estradizione, la garanzia di cui all'art. 5, par. 2, della CEDU, secondo cui ogni persona arrestata deve sapere **per quale motivo** è stata privata della libertà.

2 Il mandato di arresto deve **contenere** almeno i seguenti elementi:

- indicazioni sull'identità della persona perseguita;
- indicazioni sui fatti contestati e/o sulla decisione da eseguire;
- l'indicazione dell'autorità che ha presentato la richiesta;
- l'indicazione che viene richiesta l'estradizione;
- l'indicazione dei mezzi di ricorso;
- l'indicazione dei diritti connessi.

A. Indicazioni sui fatti (art. 48 cpv. 1 lett. a AIMP)

3 L'art. 48 cpv. 1 lett. a AIMP prevede che il mandato di arresto debba contenere indicazioni «sui **fatti** che gli («l'estradabile») vengono contestati».

4 Tale requisito è precisato dall'art. 10 cpv. 2 OEIMP, secondo cui la descrizione dei fatti deve indicare, come minimo, il luogo, la data e le modalità di commissione del reato.

5 Tali disposizioni mirano a garantire la comunicazione di tutte le informazioni necessarie per consentire alla persona interessata di far valere il proprio diritto a una **difesa effettiva** già in questa fase.

6 Ciò implica soprattutto l'obbligo **di esporre in modo succinto** le accuse su cui l'autorità straniera fonda la propria richiesta di cooperazione internazionale. La giurisprudenza federale ritiene che una descrizione incompleta dei reati nel mandato d'arresto non avrebbe alcuna conseguenza sulla legalità della detenzione, il che corrisponde alla posizione adottata dalla Corte EDU. Ciò si spiega in particolare con il fatto che la persona interessata e

il suo difensore hanno il diritto di accedere al fascicolo, nel quale figurano documenti che riportano le informazioni mancanti.

Riteniamo che il testo dell'art. 48 cpv. 1 lett. a AIMP contenga una **lacuna**, poiché il suo testo riguarda solo l'estradizione ai fini del perseguimento di «fatti che gli vengono contestati» e non quella relativa all'esecuzione di una pena (art. 2 § 1 CEExt). In questa seconda ipotesi, al fine di garantire il diritto a una difesa effettiva, riteniamo che il mandato d'arresto debba indicare con precisione la decisione di cui si richiede l'esecuzione. 7

B. Indicazione dell'autorità che presenta la richiesta (art. 48 cpv. 1 lett. b AIMP)

Le decisioni fondate sull'art. 47 AIMP devono indicare **l'autorità straniera** all'origine della richiesta di cooperazione. 8

C. Indicazione che viene richiesta l'estradizione (art. 48 cpv. 1 lett. c AIMP)

Ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. f CEDU, una privazione della libertà ai fini dell'estradizione può essere giustificata solo dal fatto che sia **in corso un procedimento**. 9

Un mandato d'arresto può quindi essere emesso solo in presenza di una richiesta formale di estradizione da parte dello Stato richiedente o, quantomeno, di una richiesta di ricerca o di arresto ai sensi dell'art. 42 AIMP, nella quale l'autorità straniera abbia espresso l'intenzione di presentare successivamente una richiesta di estradizione. Questo punto deve essere precisato nel mandato di arresto. 10

D. Indicazioni relative al diritto di ricorso e ai diritti connessi (art. 48 cpv. 1 lett. d AIMP)

Il legislatore ha stabilito che il mandato d'arresto debba menzionare l'esistenza di un **diritto di ricorso** – ovvero la via di ricorso, l'autorità di ricorso e il termine per presentare ricorso – e il diritto di essere assistiti da un rappresentante legale. 11

L'uso del termine «mandatario» (*Rechtsbeistand*) conferma che non esiste **alcun monopolio di rappresentanza** per gli avvocati in materia di 12

estradizione, così come nel settore dell'asilo. La persona oggetto di un mandato d'arresto può quindi essere rappresentata nel procedimento di estradizione da una persona di sua scelta.

13 L'art. 48 cpv. 1 AIMP presenta una lacuna a causa della mancata menzione nella decisione del **diritto della persona interessata di essere assistita da un interprete**, nonché del diritto a che **la decisione sia comunicata in una lingua a lei comprensibile**. Tali garanzie derivano dal diritto internazionale. Esse costituiscono elementi essenziali per l'effettivo esercizio dei diritti procedurali, al pari del diritto all'assistenza di un rappresentante legale, e dovrebbero pertanto essere menzionate nel mandato d'arresto. Va notato che le disposizioni integrative del diritto svizzero prevedono la nomina di un interprete, ma solo in occasione del primo interrogatorio, durante il quale «la persona perseguita riceve una spiegazione della procedura di estradizione in una lingua che comprende».

14 Il diritto di informare la propria rappresentanza consolare e di comunicare con essa (art. 16 OEIMP) costituisce un'altra garanzia di informazione essenziale che manca nell'elenco dell'art. 48 cpv. 1 AIMP, ma che deve essere garantita.

15 Riteniamo che tali diritti dovrebbero essere **menzionati espressamente** nel mandato di estradizione e garantiti per l'intera durata del procedimento, affinché la persona possa prendere visione dei documenti e del procedimento relativo all'estradizione, e ciò prima della sua eventuale audizione, applicando per analogia l'art. 68 CPP.

II. MEZZI DI RICORSO (ART. 48 CPV. 2 AIMP)

16 L'art. 5 § 4 CEDU prevede il diritto di ogni persona privata della libertà di far **verificare tempestivamente la propria detenzione** da un tribunale. Tale diritto si applica anche in materia di detenzione in vista dell'estradizione ed è ribadito dall'art. 48 cpv. 2 AIMP.

17 Il corollario di tale impugnazione è la richiesta di immediata liberazione: se il mandato d'arresto viene annullato per mancanza di base legale o di motivi sufficienti, **la liberazione** della persona deve essere disposta senza indugio.

In caso di rigetto di una richiesta di scarcerazione da parte dell'UFG (art. 50 cpv. 3 AIMP), la persona dispone di un mezzo di ricorso ai sensi dell'art. 48 cpv. 2 AIMP. 18

A. Ricorso dinanzi al Tribunale penale federale

L'emissione di un mandato d'arresto o il rigetto della richiesta di rilascio possono essere oggetto di ricorso dinanzi alla **Corte dei reclami del Tribunale penale federale**. 19

Il ricorso non ha effetto sospensivo. 20

Il termine per il ricorso è **di 10 giorni** a decorrere dalla notifica scritta del mandato d'arresto, che avviene generalmente al momento dell'audizione della persona da parte dell'UFG. Tale termine decorre anche qualora la notifica avvenga mentre la persona si trova già in detenzione preventiva o in esecuzione della pena, a condizione che le venga effettivamente comunicata la decisione. Il termine di 10 giorni è lo stesso in caso di decisione di sequestro, anche se questa interviene dopo il mandato d'arresto. Una volta scaduto il termine, una decisione di sequestro può essere impugnata solo congiuntamente alla decisione sull'estradizione. 21

La persona privata della libertà ha il diritto di ottenere «in breve tempo» una decisione sulla regolarità della detenzione ai fini dell'estradizione. Il procedimento di controllo della legalità di una detenzione deve essere condotto con **particolare celerità**, tanto più che il mandato d'arresto è stato emesso da un'autorità amministrativa (UFG) e non da un tribunale. La Corte dei ricorsi del Tribunale penale federale dovrà pronunciarsi rapidamente, respingendo eventuali richieste di proroga presentate dall'autorità, salvo circostanze eccezionali. 22

Nell'ambito del ricorso, la giurisprudenza della Corte EDU impone alle autorità di consentire l'**accesso al fascicolo**. Sebbene quest'ultimo non debba necessariamente essere completo, deve contenere informazioni sufficienti per poter esercitare un ricorso effettivo. 23

Secondo il testo di legge, solo la persona perseguita avrebbe la **legittimazione a presentare ricorso contro il mandato d'arresto**. La legittimazione a presentare ricorso dei familiari non è menzionata. Su questo punto, un'interpretazione letterale dell'art. 48 cpv. 2 AIMP non sembra 24

conforme al diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU). Infatti, la decisione di privare una persona della libertà può ledere direttamente il diritto alla vita familiare (art. 8 CEDU) dei suoi familiari, in particolare quello di eventuali figli minorenni, del convivente o della convivente, nonché quello delle persone a carico. La Corte EDU ha in particolare riconosciuto che «per un genitore e il proprio figlio, stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare (...) . [L]e misure interne che lo impediscono costituiscono un'ingerenza nel diritto tutelato dall'articolo 8 della Convenzione». I familiari direttamente interessati da un mandato devono quindi poter beneficiare di un ricorso effettivo per contestare la misura e ottenerne l'annullamento o la modifica (art. 13 CEDU). Ciò implica il riconoscimento di un interesse giuridico tutelato per impugnare la decisione, nonché della legittimazione a presentare ricorso.

25 Il procedimento di ricorso è generalmente scritto, sebbene la legge non escluda lo svolgimento di un'udienza. In caso di ricorso, se la Corte dei reclami deve pronunciarsi su elementi che riguardano la personalità della persona interessata, quest'ultima dovrebbe poter essere **ascoltata personalmente**. Non esiste un diritto assoluto alla pubblicità dell'udienza, ma la pubblicità dell'udienza potrebbe rendersi necessaria in circostanze particolari.

26 L'autorità di ricorso non deve pronunciarsi sul merito dell'estradizione, ma esclusivamente sulla legalità e sull'opportunità dell'adozione di una misura privativa della libertà. Di conseguenza, i motivi di ricorso invocabili dinanzi a tale giurisdizione sono limitati. In tal senso, il fatto di sollevare **motivi relativi alla fondatezza** della richiesta di estradizione (ad esempio la violazione del principio della doppia incriminazione o la prescrizione) non obbliga la Corte a procedere a un esame anticipato in questa fase, salvo in presenza di elementi particolarmente gravi, tali da rendere illecita la detenzione. Tale situazione si verifica se la persona è in grado di dimostrare che l'estradizione è manifestamente inammissibile (art. 51 cpv. 1 AIMP), nella misura in cui si verifichi senza alcun dubbio una delle ipotesi previste dagli articoli da 2 a 5 AIMP.

27 Secondo la giurisprudenza federale, **i vizi di natura formale** suscettibili di viziare il mandato d'arresto, come la violazione del diritto di essere ascoltati nel procedimento, non costituiscono un motivo di liberazione. Questa interpretazione restrittiva dovrebbe essere adeguata alla posizione adottata

dalla Corte EDU, secondo cui una detenzione regolare implica l'assenza di arbitrarietà. Pertanto, un vizio formale particolarmente grave dovrebbe comportare l'annullamento della decisione e la liberazione della persona.

B. Ricorso al Tribunale federale

28 La decisione della Corte dei reclami del Tribunale penale federale relativa alla detenzione in vista dell'estradizione può essere oggetto di ricorso al **Tribunale federale**, nonostante il suo carattere incidentale, qualora il caso rivesta particolare importanza.

29 Ciò si verifica quando la persona può sostenere in modo credibile che il procedimento violi i suoi diritti fondamentali o quando il caso solleva una **questione giuridica di principio**. Solo in questa seconda ipotesi, il ricorso al Tribunale federale può essere presentato anche dall'UFG.

30 Il Tribunale federale deve inoltre pronunciarsi nel rispetto del requisito di **celerità**, che è tuttavia meno rigoroso, poiché si tratta di un ricorso contro una decisione emessa da un organo giudiziario, nell'ambito di un procedimento che offre adeguate garanzie di un processo equo.

C. Ricorso dinanzi a un organo internazionale

31 Contro la decisione del Tribunale federale è possibile adire un **organo internazionale**.

32 La Corte EDU potrà essere adita, in particolare, per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) - in relazione alle condizioni di detenzione -, per violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 CEDU), del diritto alla tutela della vita familiare (art. 8 CEDU) o del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU).

33 Si potrà inoltre adire il Comitato contro la tortura, ad esempio quando la detenzione in vista dell'estradizione è disposta sulla base di elementi forniti dallo Stato richiedente che sarebbero stati ottenuti mediante tortura (art. 15 della Convenzione contro la tortura).

34 È inoltre possibile sottoporre il caso al Comitato sui diritti dell'infanzia, qualora la privazione della libertà di un genitore sia disposta senza attribuire «priorità assoluta» all'«interesse superiore del minore» (art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia).

BIBLIOGRAFIA

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'art. 84 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2022.

Forster Marc, Commentaire de l'art. 48 EIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgarten Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 2019.

COMMENTO SU

Art. 54 AIMP

Un commentario di Giacomo Respini

CITAZIONE SUGGERITA

Giacomo Respini, Commentario all'art. 54 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Respini, art. 54 AIMP N. XXX.

Art. 54 Estradizione semplificata

[1] Se, secondo il verbale steso da un'autorità giudiziaria, la persona perseguita rinuncia esplicitamente all'attuazione della procedura d'estradizione, l'UFG, salvo che speciali considerazioni vi si oppongano, autorizza la consegna.

[2] La rinuncia può essere revocata fintanto che l'UFG non abbia autorizzato la consegna.

[3] L'estradizione semplificata ha gli stessi effetti di un'estradizione e soggiace alle medesime condizioni. Lo Stato richiedente dev'esserne reso attento.

STRUTTURA

I. Introduzione 201
A. In generale 201
B. Scopo e genesi della norma 202
II. Commento dell'articolo 203
A. Rinuncia all'attuazione della procedura ordinaria d'estradizione (cpv. 1) 203
1. Consenso all'estradizione semplificata 203
2. Autorizzazione alla consegna 204
3. Motivi di rifiuto dell'estradizione semplificata 204
B. Revoca della rinuncia all'attuazione della procedura ordinaria d'estradizione (cpv. 2) 206
C. Effetti e condizioni dell'estradizione semplificata (cpv. 3) 207
1. Principio della specialità 207
2. Ricorso contro l'autorizzazione alla consegna 208
3. Domanda d'estradizione successiva 208
4. Spese della procedura 208
Bibliografia 209
Documenti ufficiali 209

I. INTRODUZIONE

A. In generale

L'art. 54 AIMP disciplina l'estradizione semplificata (denominata anche "**consegna senza formalità**"), ossia la consegna della persona perseguita allo Stato richiedente con il suo consenso. In tal caso, la consegna del ricercato è effettuata senza avviare una procedura formale d'estradizione. 1

La possibilità di optare per l'estradizione in via semplificata è una **facoltà** conferita all'individuo ricercato. Tuttavia, se l'estradizione è richiesta al contempo da più Stati per diversi reati (concorso di domande), la procedura semplificata non attribuisce all'estradando il diritto di scegliere lo Stato al quale desidera essere consegnato[1]. 2

Dal momento che le persone di cittadinanza svizzera non possono essere estradate a un'autorità estera senza il loro consenso (artt. 25 cpv. 1 in fine Cost.[2] e 7 cpv. 1 AIMP; v. anche la riserva della Svizzera all'art. 6 della Convenzione europea di estradizione[3]), l'estradizione semplificata costituisce l'unico mezzo mediante il quale un **cittadino svizzero** può essere consegnato a uno Stato estero[4]. In tal caso, tuttavia, l'UFG si limita a informare per iscritto il cittadino elvetico dell'esistenza di una domanda d'estradizione presentata nei suoi confronti e a interpellarlo in merito a un suo eventuale consenso all'estradizione (art. 7 cpv. 1 AIMP). 3

Sul piano del **diritto convenzionale**, l'estradizione semplificata è prevista segnatamente dal Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 10 novembre 2010[5] e dall'art. 18 del Trattato di estradizione 4

1. In tal senso, v. DTF 124 II 586, consid. 2b segg. Infatti, in caso di domande d'estradizione concorrenti, lo Stato richiesto deve, nella misura del possibile, optare per la soluzione che garantisca che la persona ricercata sia effettivamente chiamata a rispondere di tutti i reati di cui è accusata negli Stati in questione (consid. 2d).
2. Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101).
3. Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 (CEEstr; RS 0.353.1).
4. Ludwiczak Glassey, N. 853. Sul tema del principio costituzionale della non-estradizione dei cittadini svizzeri, v. Macaluso Alain/Rodriguez-Vigouroux Hélène, Le principe constitutionnel de non-extradition des citoyens suisses, PJA 2023, pag. 990-999.
5. PAIII CEEstr; RS 0.353.13.

tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America del 14 novembre 1990[6].

B. Scopo e genesi della norma

5 Lo scopo dell'art. 54 AIMP è quello di **accelerare notevolmente l'estradizione** dell'individuo ricercato[7]. Di regola, infatti, nell'ambito di una procedura semplificata la consegna dell'estradando avviene nel giro di pochi giorni. Questo poiché la procedura semplificata consente di procedere all'estradizione dell'interessato senza attendere che lo Stato richiedente presenti una domanda formale d'estradizione. Di conseguenza, atteso che la carcerazione della persona perseguita costituisce la regola nel corso di tutta la procedura d'estradizione, mentre la sua scarcerazione rimane l'eccezione[8], la scelta dell'estradizione in via semplificata permette all'interessato di evitare un lungo periodo di carcerazione ai fini estradizionali.

6 La procedura accelerata era già prevista nella legge federale sull'estradizione agli Stati stranieri del 22 gennaio 1892[9]. È stata trasposta nell'AIMP per rispondere a un'**esigenza pratica**, poiché non è raro che l'individuo perseguito esprima chiaramente la volontà, già in occasione del primo interrogatorio, di essere consegnato senza indugio allo Stato richiedente e di rinunciare di conseguenza all'attuazione della procedura formale[10]. Al momento dell'entrata in vigore dell'AIMP, il 1° gennaio 1983, l'art. 54 era denominato "*consegna senza formalità*". Il nuovo titolo della norma ("*estradizione semplificata*"), così come alcune precisazioni terminologiche nei capoversi 1 e 2, sono stati introdotti con la revisione del 29 marzo 1995[11], entrata in vigore il 1° febbraio 1997. Da allora la norma non è stata ulteriormente modificata.

---

6. RS 0.353.933.6. L'introduzione di una norma dedicata all'estradizione semplificata è stata considerata una delle principali innovazioni di questo trattato, che ha sostituito il previgente trattato d'estradizione tra la Svizzera e gli USA concluso il 14 maggio 1900 (Messaggio 1990, pag. 88).
7. Così come il consenso prestato dalla persona toccata, nell'ambito della trasmissione semplificata dei mezzi di prova ai sensi dell'art. 80c AIMP, ha lo scopo di accelerare l'esecuzione della commissione rogatoria (UFG, Wegleitung, pag. 103).
8. DTF 130 II 306, consid. 2.2 con riferimenti.
9. LEstr; RS 353.0. La LEstr è stata abrogata con l'entrata in vigore dell'AIMP (art. 109 cpv. 1 AIMP).
10. Messaggio 1976, pag. 482.
11. Messaggio 1995, pag. 22.

II. COMMENTO DELL'ARTICOLO

A. Rinuncia all'attuazione della procedura ordinaria d'estradizione (cpv. 1)

L'art. 54 cpv. 1 AIMP prevede che se, secondo il verbale steso da un'autorità giudiziaria, la persona perseguita **rinuncia esplicitamente** all'attuazione della procedura d'estradizione, l'UFG, salvo che speciali considerazioni vi si oppongano, autorizza la consegna. 7

1. Consenso all'estradizione semplificata

L'autorità giudiziaria[12], su incarico del Settore estradizioni dell'UFG[13], **interroga la persona perseguita** dapprima in occasione del suo arresto (audizione ai sensi dell'art. 54 AIMP) e poi una volta che lo Stato richiedente ha trasmesso la domanda formale d'estradizione (audizione ai sensi degli artt. 52 segg. AIMP)[14]. Nel corso di entrambe le audizioni, l'autorità giudiziaria informa l'individuo perseguito della possibilità di rinunciare alla procedura ordinaria d'estradizione e lo invita a esprimersi in merito al suo eventuale consenso all'estradizione semplificata[15]. 8

Il consenso all'estradizione in via semplificata deve essere **libero e informato**, nel senso che la persona perseguita deve prendere la decisione senza subire pressioni ed essere informata, in una lingua a lei comprensibile, degli effetti e della portata del suo consenso[16]. Un consenso implicito è 9

12. Di regola, l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 54 cpv. 1 AIMP è il Ministero pubblico cantonale (v. art. 16 1ª frase AIMP).
13. Autorità preposta in questo ambito (art. 17 cpv. 2 AIMP).
14. Un modello di verbale d'interrogatorio per entrambe le audizioni è disponibile sul sito dell'UFG: https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html.
15. Su questo specifico aspetto, la prassi dell'UFG è molto chiara: conformemente a quanto disposto dall'art. 54 cpv. 1 AIMP, il consenso deve essere prestato a verbale, ovvero oralmente, dinanzi a un'autorità giudiziaria. Al contrario, nell'ambito dell'esecuzione semplificata della commissione rogatoria ai sensi dell'art. 80c AIMP, l'UFG sottolinea che il consenso deve invece essere fornito per iscritto all'autorità d'esecuzione (UFG, Wegleitung, pag. 104).
16. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 54 N. 6.

escluso[17]. Il consenso di un cittadino svizzero all'estradizione deve in ogni caso essere fornito per iscritto (art. 7 cpv. 1 AIMP)[18].

10 Se acconsente all'estradizione semplificata, la persona perseguita deve essere avvertita della **possibilità di revocare** il consenso e del termine concessole a tal fine (art. 6 1ª frase OAIMP[19]). Detto avvertimento è menzionato nel verbale (art. 6 2ª frase OAIMP).

2. Autorizzazione alla consegna

11 Se, nel corso dell'interrogatorio, l'interessato esprime il suo consenso all'estradizione in via semplificata, l'UFG deve autorizzarne **immediatamente**[20] l'estradizione, conformemente all'imperativo di celerità previsto all'art. 17a cpv. 1 AIMP, secondo cui l'autorità competente tratta le domande con celerità e decide senza indugio. L'autorizzazione alla consegna interviene nello spazio di pochi giorni o perfino il giorno stesso[21].

12 L'UFG autorizza la consegna della persona perseguita mediante uno **scritto indirizzato al Ministero della giustizia dello Stato richiedente**, senza emettere alcuna decisione impugnabile[22]. Una copia dell'autorizzazione sarà consegnata successivamente alla persona estradata e/o al suo patrocinatore.

3. Motivi di rifiuto dell'estradizione semplificata

13 L'art. 54 cpv. 1 *in fine* AIMP prevede che speciali considerazioni possono eccezionalmente opporsi al rilascio dell'autorizzazione alla consegna dell'estradando da parte dell'UFG. Poiché anche l'estradizione con il consenso della persona perseguita costituisce un atto di sovranità della Svizzera, essa è possibile solo se non è **contraria all'ordine pubblico** svizzero[23].

14 Per questo motivo, prima di autorizzare la consegna in estradizione in virtù del consenso dell'interessato, l'UFG è comunque tenuto a verificare che le

17. BSK IRSG-Knodel/Glenck, art. 54 N. 3.
18. BSK IRSG-Knodel/Glenck, art. 54 N. 5.
19. Ordinanza sull'assistenza internazionale in materia penale del 24 febbraio 1982 (OAIMP; RS 351.11).
20. Zimmermann, N. 434; v. anche i modelli dell'UFG per le audizioni della persona perseguita (cfr. nota a pié di pagina 13 *supra*).
21. Sentenza del TF 1C_42/2025 del 6.2.2025, consid. 2.4 con riferimenti.
22. Messaggio 1995, pag. 22.

ulteriori **condizioni formali e materiali** per l'estradizione siano adempiute, segnatamente il requisito della doppia punibilità – secondo cui il reato ascritto alla persona perseguita deve essere punibile anche secondo il diritto svizzero – e la prescrizione. L'UFG non si limita quindi a controllare l'esistenza di una valida dichiarazione di rinuncia alla procedura ordinaria d'estradizione, ma è altresì tenuto ad effettuare un esame materiale sommario. La consegna della persona perseguita allo Stato richiedente viene autorizzata solo se non sussistono particolari motivi che ne impediscano l'estradizione.

Il legislatore ha rinunciato a fornire un elenco esemplificativo delle **speciali considerazioni** che possono ostare al rilascio dell'autorizzazione alla consegna. La dottrina individua tra le possibili cause di impedimento, ad esempio, i motivi di rifiuto assoluti dell'assistenza giudiziaria ai sensi degli art. 2 e 3 AIMP, l'impunità del fatto in Svizzera oppure, in determinate circostanze, considerazioni di carattere politico[24]. Possono altresì entrare in considerazione vizi procedurali o il rischio di maltrattamenti nello Stato richiedente[25]. Infine, la presenza di fondati dubbi circa la libera formazione della volontà della persona perseguita, ovvero della sua rinuncia all'attuazione della procedura formale d'estradizione, può ostare all'autorizzazione alla consegna, fermo restando che in tal caso non si potrebbe nemmeno ritenere l'esistenza di una dichiarazione di rinuncia giuridicamente valida[26]. 15

Per quanto riguarda i **motivi d'irricevibilità della domanda d'estradizione** ai sensi degli artt. 2 e 3 AIMP[27], si tratta in particolare dei casi in cui la procedura all'estero non rispetta i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[28] oppure mira a perseguire o punire una persona per le sue opinioni politiche o per l'appartenenza a un determinato gruppo sociale, etnia, religione o nazionalità (art. 2 AIMP). L'estradizione è altresì esclusa quando il procedimento penale estero è dettato da una persecuzione politica nei confronti della persona ricercata (art. 3 cpv. 1 AIMP); tale protezione, tuttavia, non si applica in caso di genocidio, di crimini contro l'umanità, di 16

23. Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3769.
24. Popp, N. 517; Heimgartner, pag. 45.
25. Riedo/Fiolka/Niggli, N. 3769.
26. BSK IRSG-Knodel/Glenck, art. 54 N. 4.
27. Sul tema v. in particolare la nuova edizione delle Direttive dell'UFG sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (UFG, Wegleitung, pag. 38 segg.).
28. Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU; RS 0.101).

crimini di guerra o di altri atti particolarmente riprensibili, segnatamente in caso di terrorismo (art. 3 cpv. 2 AIMP)[29].

B. Revoca della rinuncia all'attuazione della procedura ordinaria d'estradizione (cpv. 2)

17 Giusta l'art. 54 cpv. 2 AIMP, la rinuncia all'attuazione della procedura ordinaria d'estradizione può essere **revocata fintanto che l'UFG non abbia autorizzato la consegna**. Il momento determinante è quello in cui l'autorizzazione alla consegna in estradizione viene indirizzata al Ministero della giustizia dello Stato richiedente[30].

18 Considerato che l'autorizzazione alla consegna in estradizione interviene senza indugio, la persona perseguita dispone quindi, di regola, di poco tempo per revocare il consenso all'estradizione in via semplificata. Per questo motivo, l'individuo ricercato può chiedere, in occasione della sua audizione dinanzi all'autorità giudiziaria, che gli venga concesso un **termine di riflessione** per confermare la rinuncia alla procedura formale di estradizione[31]. Nel caso in cui, entro tale termine, l'interessato non abbia revocato il proprio consenso all'estradizione semplificata, l'UFG potrà autorizzare la sua consegna in estradizione allo Stato richiedente.

19 La revoca della rinuncia all'attuazione della procedura formale è **definitiva**[32]. Se la persona perseguita ritira il proprio consenso all'estradizione semplificata, la procedura ordinaria riprende il suo corso. In tal caso, di regola, l'UFG emette un ordine di arresto in vista d'estradizione impugnabile e

29. Sul tema dei reati di carattere politico, v. Olivier Peter, Commentario all'art. 3 cpv. 1 e 2 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (edit.), Commentario online alla legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale; la versione originale in francese (stato: 04.04.2024) è disponibile al link seguente: https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/irsg3abs1und2.
30. E non dell'ordine di esecuzione della consegna trasmesso dall'UFG alla Polizia cantonale del Cantone in cui è detenuto l'estradando. Non è nemmeno determinante la notificazione dell'autorizzazione alla consegna all'estradando o al suo patrocinatore, visto che questi ne riceveranno un esemplare soltanto dopo l'avvenuta consegna dell'interessato allo Stato richiedente.
31. La durata del termine di riflessione è da limitare di regola a un massimo di 3 giorni lavorativi (v. i modelli dell'UFG per le audizioni della persona perseguita, cfr. nota a pié di pagina 13 *supra*).
32. BSK IRSG-Knodel/Glenck, art. 54 N. 8.

invita contestualmente lo Stato richiedente a presentare una domanda formale d'estradizione.

C. Effetti e condizioni dell'estradizione semplificata (cpv. 3)

Ai sensi dell'art. 54 cpv. 3 AIMP, l'estradizione semplificata ha gli **stessi effetti** di un'estradizione e soggiace alle **medesime condizioni**. Lo Stato richiedente dev'esserne reso attento. 20

1. Principio della specialità

L'autorizzazione per l'estradizione semplificata indirizzata al Ministero della giustizia dello Stato richiedente deve contenere un **rinvio alle condizioni enumerate nell'art. 38 AIMP**, che sancisce la riserva della specialità (art. 21 OAIMP), secondo cui la persona estradata non può essere perseguita, posta in detenzione o riestradata a uno Stato terzo per un atto commesso prima della sua consegna e per il quale l'estradizione non è stata autorizzata. 21

Tuttavia, in occasione della sua audizione dinanzi all'autorità giudiziaria, alla persona perseguita è chiesto **se rinuncia al beneficio del principio della specialità** (v. art. 38 cpv. 2 lett. a AIMP). Questa rinuncia non è uno scenario insolito nella pratica, poiché spesso l'individuo perseguito che acconsente all'estradizione in via semplificata ha il desiderio di regolare "una volta per tutte" e rapidamente i procedimenti penali che lo vedono coinvolto nello Stato richiedente[33]. 22

Una particolarità relativa al principio della specialità emerge nei rapporti d'**estradizione con gli Stati Uniti**: l'art. 18 *in fine* del relativo Trattato prevede che, se l'estradizione semplificata è accordata dalla Svizzera, è applicabile il principio della specialità. La precisazione contenuta nell'ultima frase dell'art. 18 del Trattato implica, *a contrario*, che quando l'estradizione in via semplificata è concessa dagli Stati Uniti, la regola della specialità non si applica[34]. Tuttavia, poiché l'art. 16 cpv. 4 lett. b[35] del Trattato consente in ogni 23

33. Messaggio 1995, pag. 21.
34. Sentenza del TF 1S.1/2007 del 1.2.2007, consid. 4.3 segg.
35. Giusta il quale l'individuo estradato può essere perseguito, giudicato o detenuto per tutti i reati commessi prima della sua estradizione qualora, nel caso di estradizione accordata dagli Stati Uniti, la loro autorità amministrativa acconsenta alla richiesta delle autorità svizzere competenti mediante dichiarazione di rinuncia all'applicazione del principio della specialità per tutti questi reati.

caso all'autorità statunitense di rinunciare al principio della specialità, il consenso della persona perseguita alla propria estradizione in via semplificata non comporta un peggioramento della sua situazione[36].

2. Ricorso contro l'autorizzazione alla consegna

24 Di regola, la concessione dell'estradizione in via semplificata non può essere impugnata, in quanto l'estradando non ha un interesse giuridicamente protetto o un interesse a ricorrere, avendo egli stesso espresso il consenso alla sua consegna allo Stato richiedente[37]. Eccezionalmente, un ricorso contro l'autorizzazione alla consegna rilasciata dall'UFG è possibile allorquando l'estradando invoca *a posteriori* l'**assenza del suo consenso**, segnatamente in caso di errore[38]. In tale ipotesi, l'autorità di ricorso deve stabilire se l'UFG ha agito in violazione del principio della buona fede[39].

3. Domanda d'estradizione successiva

25 Quando l'esecuzione della decisione d'estradizione in via semplificata – ovvero la consegna della persona perseguita – è sospesa ai sensi dell'art. 58 cpv. 1 AIMP in quanto l'interessato è oggetto di un procedimento penale in Svizzera per altri reati, nulla impedisce all'UFG, adito successivamente con una domanda d'estradizione concorrente, di **concedere la priorità** all'estradizione verso l'altro Stato richiedente[40].

4. Spese della procedura

26 La procedura ordinaria d'estradizione è soggetta a spese e la proprietà privata della persona perseguita può essere impiegata per sopperire alle spese in quanto non debba essere consegnata allo Stato richiedente (art. 62 cpv. 2

36. Sentenza del TF 1S.1/2007 del 1.2.2007, consid. 5.1. Nell'occasione, l'Alta Corte ha inoltre evidenziato che il dovere di informare la persona arrestata non comporta per l'autorità d'esecuzione l'obbligo di fornire informazioni dettagliate su tutte le possibili conseguenze giuridiche dell'estradizione, in particolare riguardo alla sua estensione o a un'eventuale riestradizione.
37. Sentenza del TPF RR.2018.6 del 10.1.2018, consid. 2.2.
38. Sentenza del TPF RR.2018.6 del 10.1.2018, consid. 2.2. La medesima eccezione si applica anche nell'ambito di un ricorso contro l'esecuzione semplificata della commissione rogatoria in virtù del consenso prestato dalla persona toccata ai sensi dell'art. 80c AIMP (UFG, Wegleitung, pag. 104).
39. Bomio/Glassey, N. 15.
40. DTF 124 II 586, consid. 2b/bb.

AIMP). Tuttavia, se l'individuo perseguito fornisce il consenso all'estradizione semplificata subito dopo il suo arresto, **l'UGF può rinunciare**, per motivi di proporzionalità, a riscuotere le spese cagionate dalla procedura d'estradizione[41].

L'autore è Assistente procuratore federale presso il Ministero pubblico della Confederazione a Berna. L'autore esprime la sua opinione personale, che non è vincolante per l'Autorità presso la quale svolge la sua funzione.

BIBLIOGRAFIA

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Jusletter 13 dicembre 2010.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Knodel Tanja/Glenck Johannes, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 54 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2000.

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2011.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

DOCUMENTI UFFICIALI

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle

riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

Messaggio sul trattato di estradizione con gli Stati Uniti d'America del 21.11.1990, FF 1991 I 81 (citato: Messaggio 1990).

Messaggio concernente la modificazione della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e della legge federale relativa al Trattato conchiuso con gli Stati Uniti d'America sull'assistenza giudiziaria in materia penale nonché un decreto federale concernente una riserva alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 29.3.1995, FF 1995 III 1 (citato: Messaggio 1995).

Ufficio federale di giustizia, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10ª ediz., 2025, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (citato: UFG, Wegleitung).

Ufficio federale di giustizia, Esposto sulla procedura svizzera in materia d'estradizione del 25.5.2016, disponibile sul sito dell'UFG: https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (citato: UFG, Esposto).

41. UFG, Esposto, N. 7.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 55a AIMP

Un commentario di Giuseppe Aufiero

CITAZIONE SUGGERITA

Giuseppe Aufiero, Commentario all'art. 55a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Aufiero, art. 55a AIMP N. XXX.

Art. 55*a* Coordinamento con la procedura d'asilo

Se la persona perseguita ha presentato una domanda d'asilo ai sensi della legge del 26 giugno 1998 sull'asilo, l'UFG e le autorità di ricorso decidono in merito all'estradizione tenendo conto degli atti della procedura d'asilo.

STRUTTURA

I. Genesi 213
II. Contesto 215
III. Commento vero e proprio 215
A. Considerazioni generali 215
B. Modalità di coordinamento 218
IV. Critica 223
Bibliografia 223
I materiali 224

I. GENESI

L'articolo 55a AIMP è una nuova norma in vigore dal 1° aprile 2011. È stato introdotto nell'AIMP in occasione dell'adozione della **legge federale sul coordinamento tra la procedura d'asilo e la procedura d'estradizione del 1° ottobre 2010**. 1

L'adozione di questa legge ha fatto seguito a casi che hanno riguardato richieste di estradizione di richiedenti asilo che hanno fatto scalpore. Infatti, a seguito del riconoscimento dello status di rifugiati, rispettivamente della concessione dell'asilo, l'estradizione di presunti criminali pericolosi ha dovuto essere rifiutata a posteriori. 2

Di fronte ai problemi causati dall'esistenza di procedimenti di estradizione e di asilo pendenti contemporaneamente, che avevano dato luogo a **decisioni contraddittorie**, l'ex capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia, la consigliera federale Eveline Widmer-Schlumpf, ha istituito il 25 agosto 2008 un gruppo di lavoro incaricato di studiare soluzioni volte a migliorare il coordinamento tra queste due procedure ed evitare decisioni contraddittorie rispetto al **principio di non respingimento**. Questo gruppo di lavoro, composto da rappresentanti del Tribunale penale federale (TPF), del Tribunale amministrativo federale (TAF), della Direzione del diritto internazionale pubblico del Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE) e del Dipartimento federale di giustizia e polizia (Segreteria di Stato della migrazione [SEM] e Ufficio federale di giustizia [UFG]), sotto la direzione dell'UFG, ha presentato il 18 febbraio 2009 il suo rapporto finale corredato di proposte. 3

Al fine di ovviare alle carenze di coordinamento tra le procedure di asilo e di estradizione (quando si svolgono parallelamente) e alle decisioni contraddittorie, il gruppo di lavoro ha proposto **di aprire l'accesso al Tribunale federale (TF) in materia di asilo**. Suggeriva inoltre di sottoporre la procedura d'asilo al **principio di celerità** e di imporre all'autorità interessata da una procedura **l'obbligo di prendere in considerazione il fascicolo trattato dall'autorità competente nella seconda procedura** al fine di garantire un **migliore coordinamento** sia in prima istanza (tra la SEM e l'UFG) sia nella fase di ricorso (tra il TAF e il TPF) . 4

5 Il 29 giugno 2009, la consigliera federale Eveline Widmer-Schlumpf ha aperto la consultazione relativa al progetto preliminare di legge sotto forma di audizione, il cui termine era stato fissato al 28 agosto 2009. Tale consultazione non ha modificato il progetto preliminare di legge. Il 24 febbraio 2010, il Consiglio federale (CF) ha sottoposto al Parlamento il progetto di legge, che è stato adottato senza modifiche. La strategia proposta dal gruppo di lavoro ha così portato all'adozione, il 1° ottobre 2010, della legge federale sul coordinamento tra la procedura d'asilo e la procedura di estradizione, entrata in vigore il 1° aprile 2011.

6 Questa legge ha lo scopo di accelerare le procedure di asilo e di estradizione quando le richieste di estradizione e di asilo sono pendenti contemporaneamente, di ottimizzare lo scambio di informazioni tra l'UFG e la SEM e di evitare decisioni contraddittorie consentendo il riunificazione delle procedure a livello del TF. La modifica ha portato all'introduzione nell'AIMP del nuovo articolo 55a e alla modifica della legge del 26 giugno 1998 sull'asilo (LAsi) con l'introduzione dei nuovi articoli 41a e 108a, che sono le controparti nel LAsi dell'articolo 55a AIMP, nonché dei nuovi commi 4 dell'articolo 37 e 5 dell'articolo 109 «che impongono il trattamento «rapido» delle decisioni in materia di asilo in caso di detenzione in vista dell'estradizione del richiedente. La modifica ha comportato anche la modifica della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF): l'articolo 83 lettera d numero 1, che apre la strada al ricorso di diritto pubblico contro le decisioni in materia di asilo pronunciate dal TAF quando riguardano persone oggetto di una richiesta di estradizione presentata dallo Stato dal quale tali persone cercano di proteggersi; l'articolo 93 capoverso 2 prima frase, che dispone che in materia di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale e in materia di asilo, le decisioni pregiudiziali e incidentali non possono essere oggetto di ricorso; infine l'articolo 107 capoverso 3, che esonera il TF dall'obbligo di pronunciarsi in merito alla non entrata nel merito entro quindici giorni dalla fine di un eventuale scambio di memorie, quando la procedura di estradizione riguarda una persona la cui domanda di asilo non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva entrata in vigore.

7 Per completezza, citiamo **altre disposizioni pertinenti in materia di coordinamento asilo-estradizione**, come gli articoli 11a capoverso 3 AIMP e 9 lettera c cifra 1 dell'ordinanza sul sistema d'informazione centrale in materia di migrazione (Ordinanza SYMIC) del 12 aprile 2006, che

garantiscono al SEM l'accesso ai dati personali registrati nel sistema di gestione dei dati dell'UFG per il settore dell'assistenza giudiziaria e all'UFG l' accesso ai dati rilevanti della banca dati SYMIC del SEM. Un'altra regolamentazione speciale relativa ai richiedenti l'asilo si applica alla trasmissione spontanea ai sensi dell'articolo 67a AIMP, che non può essere effettuata in caso di reati perseguibili commessi da questo gruppo di persone.

II. CONTESTO

Nella sistematica dell'AIMP, l'articolo 55a si trova nella seconda parte dedicata all'estradizione, più precisamente nella sezione 5^a^ del capitolo 2 dedicata alla decisione sull'estradizione nell'ambito della procedura di estradizione. Pertanto, se ci si attiene esclusivamente alla sistematica della legge, solo nella fase della decisione di estradizione l'UFG dovrebbe applicare l'articolo 55a AIMP e quindi prendere in considerazione il dossier di asilo. Tuttavia, l'articolo 43 AIMP impone all'OFJ di procedere d'ufficio all'esame della richiesta di ricerca e di arresto straniera. Tale esame verte sulle condizioni formali e materiali nonché sui motivi di irricevibilità della richiesta. Pertanto, in virtù della **massima d'ufficio**, l'UFG deve esaminare d'ufficio se motivi di **manifesta inammissibilità** dell'estradizione ostacolino l'arresto e l'estradizione (art. 2-5 AIMP), indipendentemente dai motivi sollevati dalla persona estradabile. L'articolo 55a AIMP concretizza quindi il principio della massima d'ufficio e deve essere applicato anche quando l'OFJ riceve una richiesta di arresto e non solo nella fase della decisione sull'estradizione (cfr. anche di seguito N. 11 e N. 19). 8

III. COMMENTO VERO E PROPRIO

A. Considerazioni generali

In virtù del **principio di non respingimento** sancito dall'articolo 33 della Convenzione del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati (CR), la Svizzera non può respingere, rimandare o estradare una persona verso i confini dei territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche. In altre parole, sia la SEM che l'OFJ devono assicurarsi che la persona interessata non sia vittima di **persecuzioni** o che non rischi un aggravamento della pena in caso di condanna (**polit** 9

malus) per uno dei motivi sopra menzionati nel suo Paese d'origine. Pertanto, quando le procedure di asilo e di estradizione sono pendenti simultaneamente o parallelamente e l'estradizione è richiesta dallo Stato d'origine della persona, il **principio di non respingimento**, derivante dall'articolo 33 CR, impone all'OFJ e al SEM, in qualità di autorità di prima istanza, e successivamente al TPF e al TAF, in qualità di autorità di ricorso, di esaminare le stesse questioni quando devono pronunciarsi su un respingimento in senso lato. Se le questioni sono identiche, le autorità competenti le esamineranno comunque con **punti di vista e mezzi di istruttoria che differiscono su alcuni punti**. Pertanto, in materia di estradizione, lo Stato richiedente beneficerà dei **principi di buona fede e di fiducia**, con la conseguenza che l'OFJ metterà in discussione le affermazioni dello Stato richiedente solo in casi eccezionali e che l' DFI potrà concedere l'estradizione a condizione che siano fornite **garanzie**, in particolare in caso di **rischio di tortura**. Inoltre, in materia di estradizione, le questioni di fatto e di colpevolezza non saranno esaminate, salvo in presenza di errori, lacune o contraddizioni manifeste. Infine, la **procedura di estradizione è scritta e non orale**, nel senso che la persona interessata non sarà ascoltata sui fatti dall'OFJ o dal TPF, senza dimenticare che l'OFJ non dispone né delle conoscenze specifiche né direttamente dei mezzi di indagine del SEM. Esiste quindi il rischio che, al termine delle procedure, il SEM e l'UFG giungano a conclusioni diametralmente opposte e prendano **decisioni contraddittorie**. Ma questo rischio di decisioni contraddittorie esiste anche a livello delle istanze di ricorso. È così accaduto più volte che l'OFJ e il SEM abbiano concluso che non sussisteva alcun rischio di persecuzione, ma che l'autorità di ricorso in materia di asilo abbia ritenuto che alla persona interessata dovesse essere riconosciuto lo **status di rifugiato**. «Il coordinamento tra le due procedure è [quindi] necessario, poiché gli stessi elementi, vale a dire i **rischi corsi** dalla persona in caso di estradizione o respingimento, sono analizzati dalle [suddette] autorità [...]». È proprio nell'ottica di evitare il rischio di decisioni contraddittorie e di coordinare meglio le due procedure che è stato elaborato l'articolo 55a AIMP. **Il principio di non respingimento o clausola di non discriminazione ai sensi dell'articolo 33 CR è sancito anche nel diritto dell'estradizione all'articolo 2 lettera b e all'articolo 37 capoverso 3 AIMP**.

10 Il principio di non respingimento non si limita tuttavia al rischio di persecuzione ai sensi dell'articolo 33 CR. Il divieto di respingimento è

garantito anche in caso di **rischio di tortura o maltrattamenti**, indipendentemente da **qualsiasi situazione di persecuzione e nei confronti di qualsiasi Stato**. Ciò vale per l'articolo 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU), 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 (Patto ONU II) e 25 comma 3 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.). In tali casi, mentre il SEM respingerà la domanda di asilo in assenza di persecuzione, l'UFG potrà a sua volta rifiutare l'estradizione. Inoltre, mentre in materia di asilo il principio di non respingimento derivante dall'articolo 33 CR protegge la persona solo nei confronti del suo Stato di origine, in materia di estradizione tale principio proteggerà la persona interessata nei confronti di qualsiasi Stato. Infine, l'AIMP prevede altri casi in cui l'UFG rifiuterà l'estradizione, in particolare se la persona interessata rischia di essere condannata alla **pena di morte** (art. 37 cpv. 3 AIMP) o se rischia di essere giudicata da un **tribunale d'eccezione** nello Stato richiedente (art. 38 cpv. 1 lett. c AIMP) . L'esame effettuato dall'UFG dal punto di vista del principio di non respingimento va quindi oltre quello effettuato dalla SEM, quando quest'ultima conclude che non sussiste **persecuzione**, ma che permangono **rischi di tortura o maltrattamenti** o che l'estradizione non è richiesta dallo Stato di origine della persona.

L'articolo 55a AIMP prevede il coordinamento con la procedura d'asilo 11
quando la persona perseguita ha presentato una **domanda d'asilo** ai sensi della LAsi. Come vedremo in seguito, questa disposizione impone **l'obbligo di coordinamento** quando le due procedure sono condotte in parallelo e l'estradizione è richiesta dallo Stato dal quale l'estradabile cerca di proteggersi. **Tale obbligo deriva dalla massima d'ufficio o massima inquisitoria**. Questa disposizione persegue non solo l'obiettivo di garantire un **coordinamento** al fine di evitare decisioni contraddittorie, ma anche quello di **accelerare le procedure** e di conciliare gli obblighi della Svizzera derivanti dal diritto dell'estradizione e dalla CR. Il principio di coordinamento ha però anche lo scopo di garantire il rispetto del principio di non respingimento garantito da altre norme del diritto internazionale. Pertanto, quando l'estradizione è rifiutata per motivi che possono avere un'incidenza sulla domanda d'asilo, la questione dei rischi incorrenti nello Stato richiedente deve essere esaminata in modo coordinato dalle autorità

amministrative e poi giudiziarie che sono successivamente adite. L'UFM o l'autorità di ricorso competente dovranno quindi tenere conto anche del fascicolo di estradizione in caso di rifiuto dell'estradizione, al fine di esaminare il diritto della persona interessata all'**ammissione provvisoria** o alla concessione di un permesso di soggiorno, o eventualmente all'espulsione verso un altro Stato.

B. Modalità di coordinamento

12 L'articolo 55a AIMP mira, come indica il titolo, al coordinamento con la procedura di asilo quando la persona perseguita ha presentato una domanda di asilo ai sensi della LAsi. L'OFJ e le autorità di ricorso prendono quindi in considerazione il fascicolo relativo alla procedura di asilo per decidere sulla domanda di estradizione.

13 Anche se la disposizione non lo indica esplicitamente, essa impone «alle autorità competenti in materia di estradizione l'obbligo di prendere in considerazione il fascicolo relativo alla procedura d'asilo per decidere sulla domanda di estradizione» e, allo stesso modo, l'articolo 55a AIMP impone loro l'obbligo di coordinarsi con le autorità competenti in materia d'asilo. Questo **obbligo di coordinamento** interviene quando le due procedure sono condotte in parallelo e l'estradizione è richiesta dallo Stato dal quale l'estradabile cerca di proteggersi. Esso deriva dagli impegni internazionali assunti dalla Svizzera in materia di estradizione e di asilo (cfr. art. 33 CR). Questi obblighi imposti alle autorità devono essere conciliati. Per Ludwiczak Glassey, **tale coordinamento sarebbe necessario anche quando l'estradizione è richiesta da un altro Stato**, poiché, quando l'UFG rifiuta l'estradizione, le autorità competenti in materia di diritto degli stranieri dovranno anche esaminare se la persona potrà rimanere in Svizzera. A nostro avviso, occorre tuttavia verificare se tale obbligo sia previsto dalle norme che devono applicare le autorità competenti in materia di diritto degli stranieri, poiché l'articolo 55a AIMP si applica solo alle autorità competenti in materia di estradizione.

14 L'articolo 55a AIMP enuncia espressamente come forma di coordinamento lo **scambio di fascicoli** tra la SEM e l'UFG. Tale scambio deve consentire di evitare decisioni contraddittorie. Pertanto, dall'articolo 55a si può solo dedurre, sulla base della sua formulazione, che le autorità di assistenza

giudiziaria (amministrative e giudiziarie) devono procurarsi i fascicoli di un eventuale procedimento parallelo presso [la SEM] o il [TAF].

15 Secondo alcuni autori di dottrina, il «coordinamento» auspicato tra la procedura di estradizione e la procedura di asilo non è ottimale se si limita a un semplice «scambio di fascicoli». Ciò sarebbe dovuto, da un lato, al fatto che la comunicazione a livello giudiziario di prima istanza (TPF/TAF) si limita alla consultazione dei fascicoli e che la decisione non può essere coordinata né sul piano temporale né su quello materiale. Di norma, la decisione in materia di estradizione (nonostante l'articolo 37 capoverso 4 LAsi, che richiede una rapida risoluzione delle decisioni in materia di asilo in caso di procedimenti paralleli) viene presa in via prioritaria, ma non può pregiudicare la decisione in materia di asilo nel merito. Ciò vale naturalmente anche viceversa. In determinate circostanze, l'assenza di unità procedurale può, nonostante la disposizione dell'articolo 55a, portare a sentenze di ultima istanza materialmente incompatibili, anche se le procedure dovrebbero essere riunite e decise in modo uniforme a livello del TF sulla base dell'articolo 83 lettera d cifra 1 LTF. Ai sensi dell'articolo 84 capoverso 1 LTF, i casi di estradizione sono tuttavia suscettibili di ricorso in materia di diritto pubblico solo in casi particolarmente importanti, cosicché il TF «può», in determinate circostanze, esaminare solo il merito dei casi di asilo e non si può quindi parlare di coordinamento. I documenti e le note marginali consentono tuttavia di ricavare la seguente massima pratica: le autorità di assistenza giudiziaria e i tribunali aditi in tali casi, nonché le autorità parallele interessate, vale a dire la [SEM] e il [TAF], devono, nella misura del possibile, coordinare i procedimenti in corso. Sarebbe quindi necessario istituire uno scambio di informazioni tra gli uffici federali incaricati del fascicolo (OFJ e SEM) o i tribunali (TPF e TAF) . Dall'articolo 55a AIMP si può quindi dedurre un obbligo di comunicazione nel senso che le autorità e i tribunali incaricati della procedura di estradizione (TPF/TF) devono comunicare le decisioni di estradizione pronunciate nell'ambito di procedimenti di asilo connessi al SEM o al TAF. Infatti, «[s]e l'asilo è stato precedentemente negato con una decisione passata in giudicato, l'autorità di estradizione adita con un'obiezione relativa al reato politico non può ignorare tale decisione, poiché le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato (art. 3 LAsi) dipendono dagli stessi criteri. Ciò vale anche se si tratta di una decisione di non entrata nel merito che pone fine alla procedura di asilo senza pronunciarsi sulla qualità di rifugiato». Tale considerazione dovrebbe essere presa in conto anche se

l'autorità di estradizione deve pronunciarsi su presunti maltrattamenti, torture o rischio di tortura. L'UFG consulterà il fascicolo relativo al diritto d'asilo e deciderà liberamente sull'esistenza di un motivo di rifiuto dell'estradizione basato sul principio di non respingimento, quindi comunicherà la sua decisione (alla SEM). In determinate circostanze, tale decisione può comportare una revisione della decisione in materia di asilo. Inoltre, se vi sono indizi che lo lasciano supporre, l'UFG o il TPG deve verificare nella banca dati pertinente della SEM o informarsi presso quest'ultima per sapere se è in corso una procedura in materia di asilo.

16 La giurisprudenza e la dottrina hanno inoltre dedotto dall'articolo 55a AIMP il **principio di celerità**: il coordinamento mirerebbe anche ad accelerare le procedure. Secondo Ludwiczak Glassey, tale coordinamento comporterebbe addirittura la **sospensione della procedura di estradizione** fino a quando non sia stata presa una decisione definitiva sulla procedura di asilo. Sebbene in alcuni casi la sospensione sia stata ordinata, il TF non ha sempre ritenuto che tale sospensione fosse giustificata e che potesse addirittura entrare in conflitto con il principio di celerità. Così, in un caso specifico, il TF ha chiesto informazioni sullo stato di avanzamento della procedura di estradizione. Alla data della sentenza, la procedura era in fase di istruttoria presso l'UFG. Vincolato dal principio di celerità, il TF non ha atteso il completamento della procedura di estradizione per decidere sul ricorso in materia di asilo. Infatti, l'istruzione del caso era stata completata e le questioni relative alla concessione dell'asilo e dello status di rifugiato, nonché quelle relative al rinvio in applicazione della LAsi, erano pronte per essere decise, cosicché non era giustificata alcuna sospensione.

17 Una sospensione di uno dei procedimenti è tanto meno giustificata in quanto «[q]ualora sia in corso un procedimento d'asilo, l'estradizione può essere concessa solo con riserva dell'esito di tale procedimento». Di fatto, l'[UFG] concederà l'estradizione **con riserva del riconoscimento dello status di rifugiato, rispettivamente della concessione dell'asilo**. Inoltre, nei casi in cui il TPF è competente in applicazione dell'articolo 55 capoverso 2 AIMP, l'OFJ dovrà anche **riservare la decisione di detto tribunale sul reato politico**. Infine, «[s]e alla persona ricercata viene concesso lo status di rifugiato, la decisione [definitiva] è vincolante per le autorità di estradizione. L'estradizione non può quindi essere pronunciata, a meno che la persona non benefici solo di una **protezione provvisoria**». In altre parole, l'estradizione

può essere pronunciata, ma la sua esecuzione può essere sospesa fino alla decisione definitiva in materia di asilo. In ogni caso, anche se l'UFG e la SEM sono tenuti a scambiarsi i fascicoli, nulla impedisce a una di queste autorità di avere un parere diverso sul caso specifico, dato che i punti di vista e i mezzi di indagine differiscono.

Anche se un coordinamento nel tempo non sembra possibile, al momento della decisione di estradizione è opportuno assicurarsi che non venga compromessa una procedura di asilo o di ricorso pendente. Se è pendente una procedura di asilo riguardante la persona perseguita, **l'estradizione è autorizzata solo a condizione che la domanda di asilo o il relativo ricorso siano stati definitivamente respinti dal TAF**. Lo stesso vale se la persona perseguita presenta una domanda di asilo nel corso della procedura di estradizione. Ciò non esenta tuttavia l'UFG o il TF di esaminare anche l'esistenza di un ostacolo all'estradizione sotto forma di **persecuzione politica**. 18

Quanto sopra vale mutatis mutandis quando l'UFG è chiamato a esaminare una **richiesta di arresto**. Infatti, anche se secondo la sistematica dell'AIMP, l'articolo 55a si trova nella seconda parte riservata all'estradizione, più precisamente nella sezione 5^a^ del capitolo 2 dedicata alla decisione sull'estradizione, l'UFG dovrà verificare d'ufficio l'esistenza di un motivo di manifesta inammissibilità dell'estradizione e, in particolare, consultare il **SYMIC** per verificare se la persona interessata non abbia presentato una domanda di asilo o non abbia lo status di rifugiato in Svizzera. 19

Infine, **al fine di garantire una giurisprudenza unificata ed evitare decisioni contraddittorie**, è stata istituita una **via di ricorso al TF**, cosa **eccezionale nel diritto d'asilo.** Il CF ha sottolineato che l'introduzione di questa nuova via di ricorso consentirà sia di operare, a livello della giurisdizione suprema, la riunione della procedura di asilo e della procedura di estradizione quando si svolgono in parallelo e di tenere debitamente conto del principio di non respingimento. L'articolo 83 lettera d cifra 1 LTF consente di eliminare eventuali contraddizioni che persisterebbero ancora nella fase del ricorso al TF e quindi di garantire tale coordinamento. «Pertanto, sebbene il ricorso in materia di diritto pubblico sia generalmente escluso contro le decisioni in materia di asilo emesse dal TAF, tale via legale è aperta quando il caso riguarda una persona oggetto di una richiesta di estradizione presentata dallo Stato dal quale la persona cerca di proteggersi». Il ricorso al TF ha lo 20

scopo di garantire una giurisprudenza priva di contraddizioni in materia di **principio di non respingimento**. Il TF decide in un'unica sentenza sui ricorsi in materia di estradizione e asilo. Per tutti questi motivi, una **sospensione** di uno dei procedimenti non è quindi giustificata.

21 Per completezza, va inoltre ricordato che in materia di estradizione non sono previste **ferie giudiziarie** (art. 46 cpv. 1 lett. b LTF), contrariamente a quanto previsto in materia di asilo. Anche su questo punto sarebbe auspicabile un coordinamento, in particolare dal punto di vista del principio di celerità.

22 Anche altre disposizioni prevedono una forma di coordinamento tra le autorità per evitare decisioni contraddittorie. Ad esempio, l'articolo 32 dell'ordinanza I sull'asilo dell'11 agosto 1999 (OA I) prevede che non vi sia **alcun esame né decisione di allontanamento dalla Svizzera quando è già stata emessa una decisione di rinvio alla frontiera nei confronti del richiedente asilo**. Il TAF ha quindi ritenuto, riferendosi in particolare all'articolo 32 OA I e tenendo conto della valutazione da parte del tribunale di un eventuale rinvio o di eventuali ostacoli all'esecuzione del rinvio, che sia opportuno, ai fini di un efficace coordinamento, sospendere provvisoriamente il procedimento di ricorso fino a quando l'UFG non si sia pronunciato in prima istanza sulla domanda di rinvio.

23 **Quando l'estradizione è richiesta da uno Stato terzo, lo status di rifugiato non ostacola l'estradizione verso tale Paese, a condizione che non vi sia il rischio di respingimento verso il Paese d'origine**. L'articolo 15 CEExtr costituisce una garanzia valida che la persona perseguita non sarà estradata nel suo Paese d'origine senza il consenso della Svizzera. Al più tardi al momento dell'esecuzione dell'estradizione, le autorità straniere devono essere informate della procedura di asilo in corso in Svizzera. Infatti, l'estradizione deve essere rifiutata, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, CEExtr, quando la persona ricercata soddisfa le condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato. Tuttavia, il principio sancito dall'articolo 33 CR non impedisce allo Stato richiesto di estradare una persona alla quale ha concesso lo status di rifugiato verso lo Stato richiedente di cui non è cittadino e nel quale non deve temere alcuna discriminazione, tenendo presente che lo Stato richiedente verso il quale la persona è **estradata non è autorizzato a riesportarla verso un terzo Stato senza il consenso dello Stato richiesto**. In questo modo, quest'ultimo potrà garantire, in conformità con il **principio di non respingimento**, che la persona di cui è richiesta l'estradizione non

sarà rimandata nel suo Paese d'origine, che aveva lasciato per rifugiarsi nello Stato richiesto.

IV. CRITICA

Se l'articolo 55a AIMP fornisce una base giuridica per lo scambio di fascicoli, 24
tale scambio deve consentire innanzitutto alle autorità interessate di basarsi su uno stato di fatto uniformato per esaminare le stesse questioni. Tuttavia, ciò non è sempre sufficiente per evitare decisioni contraddittorie, tenendo conto dei punti di vista e dei mezzi a disposizione delle diverse autorità. Inoltre, sebbene la riunificazione dei procedimenti a livello del TF sia da accogliere con favore, quest'ultimo esamina solo raramente, se non in casi eccezionali, i ricorsi in materia di asilo e non beneficia quindi di tutta l'esperienza del TAF. Infine, nei casi in cui venga concesso l'asilo e autorizzata l'estradizione, ovvero nei casi in cui vengano emesse decisioni contraddittorie, il TF non potrà risolvere tale contraddizione se non viene presentato alcun ricorso contro la concessione dell'asilo.

Informazioni sull'autore:

Giuseppe Aufiero, Dr. iur., avvocato, laureato in psicologia e fotografo diplomato; giurista presso l'Unità Estradizione dell'UFG; studio legale Aufiero Legal a 3178 Bösingen, specializzato in diritto dell'immagine e diritto d'autore; aufieroavocat@bluewin.ch.

BIBLIOGRAFIA

Aubry Girardin Florence, Commentaire de l'article 83 LTF, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (éd.), Commentaire de la LTF, 3ème éd., Berne 2024, p. 1196-1311.

Aufiero Giuseppe, Asile-extradition : de la coordination à l'unification, Bâle 2018 (cité : Aufiero).

Forster Marc, Kommentar des Art. 84 BGG, in Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurich-Bâle-Genève 2002.

Heimgartner Stefan, Kommentar des Art. 55a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht – IRSG – GwÜ, Basel 2015 (cité : BSK-Heimgartner, art. 55a EIMP).

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'article 55a EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit Commentaire, EIMP, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024 (cité : PC-EIMP, art. 55a N 3.).

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auf., Basel 2018.

Vena Mario, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, Asyl 2007/2, p. 3-17 (cité: Vena).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ème éd., Berne 2024.

I MATERIALI

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 24 février 2010, FF 2010 1333 (cité: FF 2010 1333).

Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 (RO 2011 925) (cité: RO 2011 925).

COMMENTO SU

Art. 56 AIMP

Un commentario di Giacomo Respini

CITAZIONE SUGGERITA

Giacomo Respini, Commentario all'art. 56 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Respini, art. 56 AIMP N. XXX.

Sezione 6: Esecuzione

Art. 56 Esecutività

[1] L'estradizione può essere eseguita se la persona perseguita:

a. chiede esplicitamente l'esecuzione immediata o

b. non dichiara entro cinque giorni dalla notificazione della decisione di voler interporre ricorso.

[2] Se l'estradizione è negata, l'UFG pone fine al carcere in vista d'estradizione.

STRUTTURA

I. Introduzione 227
A. In generale 227
B. Presupposti materiali per l'esecuzione dell'estradizione 228
II. Commento dell'articolo 229
A. Richiesta di esecuzione immediata (cpv. 1 lett. a) 229
B. Volontà di ricorrere contro la decisione d'estradizione (cpv. 1 lett. b) 229
1. Forma e termine della dichiarazione di ricorso 229
2. Conseguenze della mancata dichiarazione di ricorso 230
3. Rispetto del termine di ricorso 230
4. Critica dottrinale all'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP 231
C. Conseguenze in caso di rifiuto dell'estradizione (cpv. 2) 233
Bibliografia 233
Documenti ufficiali 234

I. INTRODUZIONE

A. In generale

L'art. 56 AIMP stabilisce il momento a partire dal quale l'estradizione può essere eseguita (cpv. 1) e disciplina le conseguenze nel caso in cui la domanda di estradizione sia respinta (cpv. 2). 1

Dal punto di vista giuridico, fatto salvo il caso dell'estradizione semplificata[42], l'esecuzione di un'estradizione presuppone una decisione che dispone la consegna della persona perseguita allo Stato richiedente[43]. Rispetto ad altri codici di procedura, l'art. 56 AIMP pone esigenze meno rigorose per quanto riguarda la forza esecutiva, **consentendo l'esecuzione di decisioni non ancora passate in giudicato**[44]. 2

La norma è stata concepita per rispondere all'esigenza di una **procedura d'estradizione accelerata**[45]. Per questo motivo, l'art. 56 cpv. 1 AIMP prevede che la decisione d'estradizione diviene esecutiva, senza dover attendere lo scadere del termine di ricorso, qualora la persona perseguita lo chieda esplicitamente (lett. a) o non dichiari, nei cinque giorni[46] successivi alla notificazione della decisione, la sua volontà di ricorrere (lett. b). 3

La disciplina derivante dall'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP comporta che, nella prassi, l'estradando annunci spesso la volontà di ricorrere contro la decisione d'estradizione emanata dall'Ufficio federale di giustizia (UFG)[47], al fine di sospenderne temporaneamente l'esecuzione e disporre così di più tempo per **valutare le possibilità di successo di un eventuale ricorso** dinanzi alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale (TPF)[48]. 4

42. Se la persona perseguita acconsente all'estradizione semplificata, disciplinata dall'art. 54 AIMP, l'UFG si limita ad autorizzare la sua consegna, senza emettere alcuna decisione impugnabile (sul tema v. OK-Respini, art. 54 AIMP).
43. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 2.
44. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 1.
45. Messaggio 1976, pag. 482.
46. Nel progetto del Consiglio federale, il termine previsto per dichiarare la volontà di interporre ricorso era addirittura di soli due giorni (Messaggio 1976, pag. 482).
47. L'UFG è l'autorità competente per trattare le domande d'estradizione (art. 17 cpv. 2 AIMP).

B. Presupposti materiali per l'esecuzione dell'estradizione

5 Per costante giurisprudenza, la carcerazione della persona perseguita costituisce la regola nel corso di tutta la procedura d'estradizione, mentre la sua scarcerazione rimane l'eccezione[49]. L'UFG può prescindere dall'emettere un ordine di arresto in vista d'estradizione segnatamente se la persona perseguita verosimilmente non si sottrarrà all'estradizione né comprometterà l'istruzione penale (art. 47 cpv. 1 lett. a AIMP)[50]. In assenza di pericolo di fuga e di rischio di collusione, l'UFG può, in luogo della carcerazione, decidere altri provvedimenti cautelari, in particolare le misure sostitutive previste all'art. 237 CPP[51] (art. 47 cpv. 2 AIMP)[52]. Qualora sia stata disposta una misura sostitutiva della carcerazione ai fini estradizionali, la persona perseguita deve di regola essere **arrestata in vista dell'esecuzione dell'estradizione**[53].

6 Se la persona da estradare non può essere rintracciata poiché si è data alla fuga, in particolare nonostante l'adozione di misure sostitutive, la decisione d'estradizione non può essere eseguita per **mancanza dell'oggetto della procedura**; qualora la persona perseguita sia fuggita prima della pronuncia della decisione d'estradizione, la procedura estradizionale è di regola stralciata per sopravvenuta carenza d'oggetto[54].

7 L'esecuzione dell'estradizione deve essere **rinviata** se la persona da estradare non è temporaneamente trasportabile a causa delle sue condizioni di salute[55].

48. In virtù degli artt. 55 cpv. 3 e 25 cpv. 1 AIMP e dell'art. 37 cpv. 2 lett. a n. 1 della legge federale sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione (LOAP; RS 173.71), la Corte dei reclami penali del TPF è l'autorità giudiziaria competente per statuire sui ricorsi contro le decisioni d'estradizione.
49. DTF 130 II 306, consid. 2.2 con riferimenti.
50. Sul tema v. OK-Peter, art. 47 AIMP N. 9-12.
51. Codice di procedura penale del 5 ottobre 2007 (CPP; RS 312.0).
52. Sul tema v. OK-Peter, art. 47 AIMP N. 23-29.
53. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 7.
54. Sentenza del TPF RR.2012.309 del 5.6.2013, consid. 3.3; Zimmermann, N. 353.
55. Heimgartner, pag. 104.

II. COMMENTO DELL'ARTICOLO

A. Richiesta di esecuzione immediata (cpv. 1 lett. a)

Giusta l'art. 56 cpv. 1 lett. a AIMP, l'estradizione può essere eseguita se la persona perseguita **chiede esplicitamente l'esecuzione immediata**. 8

Di regola, la richiesta di esecuzione immediata è accompagnata dalla **rinuncia alle vie di ricorso**. In tal caso, ossia se l'avente diritto rinuncia al ricorso quale rimedio ordinario (cfr. art. 437 cpv. 1 lett. b CPP), si deve ritenere che la decisione d'estradizione passi in giudicato e possa essere eseguita senza ulteriori formalità[56]. 9

Dal punto di vista formale, sarebbe opportuno che tanto la dichiarazione relativa all'esecuzione immediata quanto la rinuncia al ricorso siano rese espressamente **per iscritto**[57]. 10

Ai fini dell'esecuzione immediata, la decisione d'estradizione non deve contenere né **condizioni** soggette ad accettazione ai sensi dell'art. 80p AIMP, né oneri che lo Stato richiedente è tenuto ad adempiere previamente[58]. 11

B. Volontà di ricorrere contro la decisione d'estradizione (cpv. 1 lett. b)

Ai sensi dell'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP, l'estradizione può essere eseguita se la persona perseguita non **dichiara** entro cinque giorni dalla notificazione della decisione **di voler interporre ricorso**. 12

1. Forma e termine della dichiarazione di ricorso

La dichiarazione di voler ricorrere contro la decisione d'estradizione deve essere indirizzata **all'UFG**, ovvero l'autorità che ha emanato la decisione che l'estradando intende impugnare. 13

Si tratta di una **dichiarazione unilaterale di volontà**, che non deve essere motivata né è sottoposta ad alcun requisito specifico[59]. 14

56. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 3.
57. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 3.
58. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 2.
59. Sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 3.1; Ludwiczak Glassey, N. 1043.

15 La dichiarazione di ricorso deve essere presentata nel termine di **5 giorni** dalla notificazione della decisione d'estradizione.

16 Il requisito posto dall'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP **non costituisce un formalismo eccessivo**, bensì un'esigenza espressamente prevista dal legislatore per tener conto delle specificità della procedura d'estradizione[60]. D'altronde, si tratta di un'esigenza che risulta dalla semplice lettura del testo legale ed è pure menzionata espressamente dall'UFG nell'indicazione dei mezzi di ricorso contro la decisione d'estradizione[61].

2. Conseguenze della mancata dichiarazione di ricorso

17 Se la dichiarazione di voler interporre ricorso non interviene nel termine di cinque giorni dalla notificazione della decisione d'estradizione, la stessa diviene esecutiva e l'UFG **può**[62] **procedere alla consegna dell'estradando** allo Stato richiedente, senza attendere lo scadere del termine di ricorso.

18 Un eventuale ricorso contro la decisione d'estradizione presentato nel termine di 30 giorni dalla notificazione della stessa produce un **effetto sospensivo automatico** (v. art. 21 cpv. 4 AIMP), per cui, se l'estradizione non è ancora intervenuta al momento del deposito del ricorso, l'esecuzione della stessa è bloccata[63].

19 Una volta che la persona perseguita è stata consegnata allo Stato richiedente, il ricorso contro la decisione d'estradizione **non è più ricevibile**[64].

3. Rispetto del termine di ricorso

20 L'estradizione diviene esecutiva qualora **il termine di ricorso sia scaduto senza essere stato utilizzato**[65]. Ciò significa che l'estradizione può essere

60. Sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 3.1; Messaggio 1976, pag. 482.
61. Il termine di 5 giorni è pure riportato in grassetto dall'UFG.
62. L'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP è una norma potestativa: in assenza di una dichiarazione tempestiva, l'UFG può – ma non deve necessariamente – eseguire l'estradizione, disponendo in tale ambito di un margine di apprezzamento (sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 3.3).
63. Sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 2.2; sentenza del TF 1A.219/2000 del 5.10.2000, consid. 1d; sentenza del TPF RR.2012.118 del 11.9.2012, consid. 1.3. In simili circostanze, il TPF ordina all'UFG a titolo superprovvisionale l'immediata sospensione dell'esecuzione dell'estradizione.

eseguita, nonostante la dichiarazione di voler interporre ricorso, se la persona perseguita non impugna la decisione d'estradizione dinanzi alla Corte dei reclami penali del TPF nel termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 50 cpv. 1 PA[66]). La medesima conclusione si impone qualora l'interessato non presenti un ricorso avverso la sentenza del TPF dinanzi al Tribunale federale nel termine di 10 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 e 2 lett. b LTF)[67]. Parimenti, l'estradizione diviene esecutiva qualora **un eventuale ricorso sia stato definitivamente respinto**[68]. In tutti questi casi, oltre ad essere esecutiva, la decisione d'estradizione diviene una decisione passata in giudicato[69].

4. Critica dottrinale all'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP

Un'opinione dottrinale critica la disciplina prevista dall'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP[70]. *In primis*, poiché la persona perseguita potrebbe tempestivamente interporre ricorso al TPF anche a partire dal 6° giorno successivo alla notificazione della decisione d'estradizione, motivo per cui dalla mancata dichiarazione di voler ricorrere non si potrebbe dedurre una rinuncia definitiva all'inoltro di un ricorso nel rispetto del termine di 30 giorni. Secondo l'autore, farebbe quindi difetto nell'AIMP una norma che, in analogia a quanto previsto dall'art. 399 cpv. 1 CPP per l'annuncio e la dichiarazione di appello, definirebbe il termine di 5 giorni quale condizione di validità per interporre ricorso contro la decisione d'estradizione. Secondo l'autore, prima di procedere alla consegna della persona perseguita, bisognerebbe attendere lo scadere infruttuoso del termine di ricorso, a meno che l'estradando non abbia presentato una dichiarazione di rinuncia allo stesso. Per tenere conto dell'esigenza di una procedura d'estradizione accelerata, l'autore suggerisce di ridurre il termine ricorsuale. 21

64. Ciò implicherebbe altrimenti l'avvio di una procedura internazionale di riconsegna dell'estradato (sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 3).
66. Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021).
67. Giusta l'art. 84 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF; RS 173.110), contro la decisione d'estradizione il ricorso dinanzi al Tribunale federale è ammissibile soltanto se concerne un caso particolarmente importante (cpv. 1). Un caso è particolarmente importante segnatamente laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune (cpv. 2).
68. Zimmermann, N. 435.
69. Cfr. l'art. 437 cpv. 1 CPP.
70. BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 4-6.

22 Queste critiche non sono condivise dal Tribunale federale[71]. Innanzitutto, **secondo l'Alta Corte un'analogia con l'art. 399 cpv. 1 CPP non si giustifica**. Contrariamente alla decisione motivata d'estradizione dell'UFG, la sentenza penale di primo grado è notificata dapprima soltanto nel dispositivo (cfr. art. 84 cpv. 2 CPP). Il termine di 10 giorni per annunciare l'appello al tribunale di primo grado, previsto dall'art. 399 cpv. 1 CPP, decorre dalla notificazione del dispositivo scritto della sentenza (art. 384 lett. a CPP). La parte che ha annunciato il ricorso in appello deve poi inoltrare una dichiarazione scritta d'appello al tribunale d'appello entro 20 giorni dalla notificazione della sentenza motivata (art. 399 cpv. 3 CPP). Tuttavia, nel caso in cui – contrariamente al sistema previsto dal CPP – il tribunale di primo grado non comunichi né oralmente né per scritto il dispositivo alle parti, ma notifichi loro direttamente la sentenza motivata, l'obbligo dell'annuncio d'appello decade[72]. Per quanto concerne la necessità di attendere in ogni caso lo spirare del termine ricorsuale di 30 giorni, secondo il Tribunale federale ciò **svuoterebbe di ogni portata il senso e gli scopi chiari e giustificati dell'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP**, disattendendo così la chiara volontà del legislatore federale.

23 La soluzione adottata dal Tribunale federale appare condivisibile. Innanzitutto, non costituisce un onere particolarmente gravoso per l'estradando comunicare tempestivamente la volontà di ricorrere – mediante una semplice dichiarazione non motivata – una volta preso atto della decisione e, almeno sommariamente, delle motivazioni su cui si è fondato l'UFG per accordare l'estradizione. Inoltre, tale giurisprudenza è conforme alla garanzia della via giudiziaria sancita dall'art. 29a Cost.[73] (nonché dall'art. 13 CEDU[74]), nella misura in cui il requisito previsto dal legislatore all'art. 56 cpv. 1 lett. b AIMP non costituisce un ostacolo procedurale alla tutela giurisdizionale garantita dall'art. 29a Cost.[75], bensì una semplice formalità giustificata dall'esigenza di celerità che caratterizza la procedura d'estradizione. D'altronde, il Tribunale federale ha osservato che la norma

71. Sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 2 e 3.
72. È sufficiente quindi inoltrare una dichiarazione d'appello al tribunale d'appello nel termine di 20 giorni (DTF 138 IV 157, consid. 2.1 e 2.2).
73. Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101).
74. Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU; RS 0.101).
75. Sul tema v. OK-Kradolfer, art. 29a Cost.

litigiosa ha occupato raramente i tribunali, visto che il suo rispetto da parte degli estradandi, spesso patrocinati da un legale, non pone alcun problema qualora agiscano con la dovuta diligenza[76].

C. Conseguenze in caso di rifiuto dell'estradizione (cpv. 2)

L'art. 56 cpv. 2 AIMP dispone che, se l'estradizione è negata, l'UFG **pone fine al carcere in vista d'estradizione**. 24

L'estradizione è rifiutata se l'UFG nega la consegna della persona perseguita allo Stato richiedente oppure se un ricorso contro la decisione che accorda l'estradizione è accolto dalla Corte dei reclami penali del TPF o dal Tribunale federale[77]. 25

In caso di rifiuto dell'estradizione, l'UFG **ordina la scarcerazione** della persona perseguita **o pone termine alle misure sostitutive** disposte nei suoi confronti[78]. 26

Nel caso in cui l'estradizione allo Stato richiedente è negata, la persona perseguita può far valere un diritto a un'**indennità** per ingiusta carcerazione ai sensi dell'art. 15 AIMP; gli artt. 429 e 431 CPP si applicano per analogia. 27

L'autore è Assistente procuratore federale presso il Ministero pubblico della Confederazione a Berna. L'autore esprime la sua opinione personale, che non è vincolante per l'Autorità presso la quale svolge la sua funzione.

BIBLIOGRAFIA

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zurigo 2002.

Heimgartner Stefan, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (edit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basilea 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basilea 2018.

76. Sentenza del TF 1C_361/2016 del 16.9.2016, consid. 3.1.
77. PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 54 N. 10.
78. Tale disposizione appare superflua, considerato che, in caso di rifiuto dell'estradizione, la carcerazione estradizionale deve comunque essere revocata in virtù del principio di proporzionalità (BSK IRSG-Heimgartner, art. 56 N. 11).

Ludwiczak Glassey Maria, Commento dell'art. 56 AIMP, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (edit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale en matière pénale, Basilea 2024.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6ª ediz., Berna 2024.

DOCUMENTI UFFICIALI

Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per una legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale e per un decreto federale sulle riserve alla convenzione europea di estradizione dell'8 marzo 1976, FF 1976 II 443 (citato: Messaggio 1976).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 65 AIMP

Un commentario di Yasmine Dellagana-Sabry

CITAZIONE SUGGERITA

Yasmine Dellagana-Sabry, Commentario all'art. 65 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Dellagana-Sabry, art. 65 AIMP N. XXX.

Art. 65 Applicazione del diritto straniero

[1] Su domanda esplicita dello Stato estero:

a. le deposizioni dei testimoni e dei periti sono asseverate nella forma prescritta dal diritto dello Stato richiedente, anche se il diritto svizzero determinante non prevede l'asseverazione;

b. può essere tenuto conto delle forme necessarie per l'ammissione giudiziale di altri mezzi di prova.

[2] Le forme di asseverazione e d'acquisizione di mezzi di prova giusta il capoverso 1 devono essere compatibili con il diritto svizzero e non arrecare pregiudizi essenziali alle persone coinvolte.

[3] La deposizione può anche essere rifiutata se ciò sia previsto dal diritto dello Stato richiedente o se, giusta il diritto di questo Stato o dello Stato

in cui abita il deponente, il fatto di deporre può implicare sanzioni penali o disciplinari.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 238
II. Contenuto della norma 239
A. Richiesta dello Stato richiedente 239
B. Mezzi di prova (comma 1) 239
1. Conferma delle dichiarazioni (let. a) 239
2. Altri mezzi di prova (lett. b) 240
a. Audizione tramite videoconferenza 242
b. Audizione tramite conferenza telefonica 246
c. Osservazioni conclusive 247
C. Compatibilità con il diritto svizzero e assenza di gravi pregiudizi per le persone coinvolte nel procedimento (comma 2) 247
D. Diritto di rifiutare di testimoniare (cpv. 3) 248
III. Casi contemplati dall'art. 65 EIMP come motivi di ricorso 250
Bibliografia 250
I materiali 251

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

1 L'esecuzione delle misure di assistenza giudiziaria richieste nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale avviene, in linea di principio, secondo le forme e la procedura dello Stato richiesto (*locus regit actum*; cfr. in particolare gli artt. 3 CEEJ, 22 CEExtr e 80*a*, comma 2, EIMP). Di conseguenza, nell'ambito dell'assistenza passiva, gli atti richiesti dallo Stato richiedente e compiuti dalle autorità svizzere ai fini di un procedimento penale estero sono disciplinati dal diritto svizzero e non dal diritto di detto Stato. In assenza di un trattato internazionale, la Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (EIMP) e la relativa ordinanza sono quindi applicabili all'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria straniere da parte delle autorità svizzere (art. 1 cpv. 1 EIMP). In subordine, troveranno applicazione le altre leggi procedurali, tra cui la legge sulla procedura amministrativa (PA) o il Codice di procedura penale (CPP) (art. 12 cpv. 1 EIMP).

2 L'art. 65 EIMP prevede tuttavia un'**eccezione** al principio sopra citato, che consente di garantire l'utilizzabilità, nell'ambito del procedimento penale estero, di determinati elementi di prova raccolti in Svizzera in esecuzione di una rogatoria. Lo scopo dell'assistenza giudiziaria, consistente in particolare nell'assistere le autorità straniere nelle loro indagini, sarebbe infatti vano se le prove trasmesse dalle autorità dello Stato richiesto risultassero in definitiva inutilizzabili a causa di violazioni delle norme procedurali applicabili nello Stato richiedente. Pertanto, l'art. 65 EIMP consente, fatto salvo l'ordine pubblico svizzero (art. 1*a* EIMP; cfr. anche art. 8 PAII CEEJ) e al soddisfacimento delle condizioni enunciate *infra*, l'applicazione di alcune norme formali del diritto straniero (*forum regit actum*) agli atti istruttori richiesti dallo Stato richiedente e eseguiti in Svizzera. I principali casi di applicazione del diritto straniero riguardano in particolare le dichiarazioni sotto giuramento o la promessa solenne, nonché le audizioni tramite videoconferenza. Va notato che l'art. 65 EIMP riguarda la forma dell'atto e non disciplina, in particolare, il valore probatorio del mezzo di prova così raccolto.

II. CONTENUTO DELLA NORMA

A. Richiesta dello Stato richiedente

Ai sensi dell'art. 65 cpv. 1 *in initio* della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (EIMP), l'applicazione del diritto straniero da parte delle autorità svizzere di esecuzione è possibile su **richiesta espressa** dello Stato richiedente. 3

In **assenza di tale richiesta**, le autorità svizzere possono richiamare l'attenzione dell'autorità richiedente sulla necessità di formularla, pena l'applicazione del diritto svizzero. Ciò implica che le autorità svizzere debbano verificare, conformemente alla suddetta finalità dell'assistenza giudiziaria e nei casi di cui all'art. 65 EIMP, se l'applicazione del diritto svizzero possa o meno comportare l'inammissibilità dei mezzi di prova destinati ad essere trasmessi all'autorità straniera. 4

B. Mezzi di prova (comma 1)

1. Conferma delle dichiarazioni (let. a)

Dall'art. 65 cpv. 1 lett. a EIMP risulta che, su espressa richiesta dello Stato richiedente, le **dichiarazioni dei testimoni e dei periti** sono confermate nella forma prevista dal diritto dello Stato richiedente, anche se il diritto svizzero applicabile non prevede tale conferma. 5

Il termine «**conferma**» utilizzato nella disposizione sopra citata si riferisce alle dichiarazioni rese in forma solenne volte a sostenere, o addirittura a corroborare, il contenuto e l'autenticità delle stesse ai fini del loro utilizzo come mezzi di prova. Si tratta principalmente di testimonianze e dichiarazioni sotto giuramento, ovvero la promessa di dire la verità invocando Dio o un'entità sacra come testimone, oppure sotto solenne promessa, che corrisponde alla dichiarazione laica equivalente. Tali impegni, generalmente orali, sono previsti in particolare dal diritto degli Stati di *Common law*, come quello degli Stati Uniti d'America (cfr. art. 9, comma 2, e art. 12, comma 1, TEJUS). 6

La questione della conferma delle dichiarazioni si pone, nella pratica, anche in relazione a determinati documenti, in particolare di natura bancaria, destinati ad essere trasmessi allo Stato richiedente. In diversi paesi di 7

Common law, in particolare in quello sopra citato (cfr. art. 18 TEJUS), il valore probatorio di tali mezzi di prova dipende in linea di principio dalla loro autenticazione mediante una dichiarazione scritta, generalmente redatta sotto forma di *affidavit*. Con tale dichiarazione, l'autore, di solito la persona che ha preparato la documentazione, attesta che i documenti trasmessi sono completi, esatti e non hanno subito alcuna alterazione. Tale requisito si spiega con il ruolo particolare che la testimonianza occupa tradizionalmente nei sistemi di *common law*, dove la credibilità di una prova è spesso stabilita tramite una persona in grado di garantirne l'origine, l'integrità e le modalità di acquisizione. Una siffatta pratica può, a prima vista, essere accostata ai requisiti formali di cui all'art. 65 cpv. 1 lett. b EIMP, nella misura in cui l'*affidavit* mira proprio a garantire l'ammissibilità o l'utilizzabilità dei mezzi di prova dinanzi ai tribunali dello Stato richiedente. La qualificazione giuridica di tale misura rimane tuttavia discutibile secondo il diritto svizzero. Ci si può infatti chiedere se la redazione di un tale documento costituisca effettivamente una semplice modalità formale relativa a un mezzo di prova già raccolto o se non si tratti piuttosto di una misura esecutiva autonoma della richiesta di assistenza giudiziaria, *in casu* supplementare all'ordine di deposito dei documenti. A nostro avviso, l'*affidavit* deve essere inteso come una misura autonoma dell'obbligo di deposizione e qualificato come relazione scritta ai sensi dell'art. 145 CPP, applicabile per rinvio dall'art. 12 EIMP. Quest'ultima qualificazione sembra in linea con la giurisprudenza restrittiva stabilita dalla sentenza ATF 131 II 132, poiché l'oggetto della misura non consiste più unicamente nel rispettare una forma prescritta dal diritto straniero, ma piuttosto nel creare un nuovo mezzo di prova destinato ad affiancare quelli già raccolti.

2. Altri mezzi di prova (lett. b)

8 Ai sensi dell'art. 65 cpv. 1 lett. b EIMP, su richiesta espressa dello Stato richiedente, può essere presa in considerazione la forma richiesta per rendere ammissibili **altri mezzi di prova** dinanzi a un tribunale. In altre parole, l'eccezione al principio sopra citato *locus regit actum* è ipotizzabile anche per altri mezzi di prova, qualora il rispetto di particolari norme formali previste dal diritto dello Stato richiedente sia necessario per la loro ammissibilità e, di conseguenza, per la loro utilizzabilità dinanzi ai tribunali stranieri.

Sebbene la disposizione appaia relativamente ampia per quanto riguarda le prescrizioni formali del diritto straniero che possono essere prese in considerazione, queste sono tuttavia limitate dalla condizione della **compatibilità con i principi fondamentali del diritto svizzero** (art. 65 cpv. 2 EIMP; cfr. anche art. 8 PAII CEEJ) . Occorre infatti tenere presente lo scopo della norma, altrimenti le autorità svizzere potrebbero essere chiamate a compiere atti processuali che non sarebbero ammissibili dinanzi ai tribunali svizzeri, il che sarebbe del resto contrario all'art. 63 EIMP. È così che l'art. 65 EIMP consente di eseguire, in Svizzera e secondo le forme prescritte dal diritto straniero, atti processuali noti all'ordinamento giuridico svizzero. Va notato che per gli atti di assistenza giudiziaria di ampia portata, in particolare quelli per i quali gli elementi di prova vengono trasmessi all'autorità richiedente in tempo reale prima che il procedimento di assistenza giudiziaria svizzero sia concluso (ad es. l'audizione tramite videoconferenza o l'intervento di agenti infiltrati stranieri), il Tribunale federale richiede una base giuridica convenzionale come espressione dell'impegno internazionale espresso della Svizzera. Affinché l'assistenza giudiziaria sia ammessa, non è quindi necessario che la misura – di ampia portata – richiesta dall'autorità straniera – trovi il proprio fondamento nel diritto svizzero. È invece sufficiente che l'atto di assistenza giudiziaria sia espressamente previsto da un trattato vincolante per la Svizzera, anche se il diritto interno non prevede il mezzo di prova in questione (ad es. l'audizione tramite teleconferenza) o se una o più condizioni relative a tale mezzo non sono soddisfatte ai sensi del diritto svizzero. 9

Nella dottrina, **la presenza dell'imputato e/o del suo difensore all'audizione di un testimone** viene citata a titolo di esempio nel contesto dell'art. 65 cpv. 1 lett. b EIMP. Se la prescrizione di forma relativa alla presenza dell'imputato e/o del suo difensore durante l'esecuzione di un atto di assistenza giudiziaria da parte delle autorità svizzere secondo il diritto processuale svizzero è disciplinata dall'art. 65*a* EIMP, la disposizione in esame può effettivamente trovare applicazione quando la misura di assistenza giudiziaria viene eseguita in Svizzera conformemente alle norme previste dal diritto straniero. Quest'ultimo può così, ad esempio, subordinare alla suddetta presenza la validità delle prove raccolte mediante un'audizione condotta tramite videoconferenza o teleconferenza. Va notato che, nel suo messaggio relativo al Secondo Protocollo aggiuntivo alla CEEJ, il Consiglio federale ha sottolineato che il ricorso alla videoconferenza e alla teleconferenza 10

potrebbe, in linea di massima, essere autorizzato dall'art. 65 EIMP in quanto «forma richiesta» prevista da quest'ultima disposizione.

a. Audizione tramite videoconferenza

11 L'**audizione di un testimone o di un perito** tramite videoconferenza è disciplinata in particolare dall'art. 9 PAII CEEJ, protocollo entrato in vigore per la Svizzera il 1° febbraio 2005.

12 L'audizione tramite videoconferenza è **sussidiaria** rispetto a quella condotta nella sua forma classica, in quanto è ammessa nel caso in cui risulti inopportuno o impossibile per il testimone o l'esperto spostarsi dal territorio dello Stato richiesto, dove si trova, a quello dello Stato richiedente per essere ascoltato (art. 9, par. 1 e 3, PAII CEEJ). L'inopportunità riguarda, ad esempio, i casi in cui la persona da ascoltare non possa spostarsi facilmente a causa dell'età o delle condizioni di salute. Quanto all'impossibilità, essa si riferisce in particolare a un grave pericolo che l'interessato potrebbe correre se comparisse sul territorio dello Stato richiedente. Oltre, in particolare, al nome dell'autorità giudiziaria e delle persone che procederanno all'audizione, l'autorità richiedente è tenuta a indicare uno di questi motivi a sostegno della propria richiesta (art. 9, par. 3, PAII CEEJ).

13 Poiché l'audizione tramite videoconferenza non è in contrasto con i principi fondamentali del diritto svizzero (cfr. art. 65 cpv. 2 EIMP) e poiché la Svizzera dispone dei mezzi tecnici necessari per la sua attuazione, le autorità elvetiche sono tenute ad accogliere una richiesta in tal senso formulata da uno Stato richiedente che sia parte del protocollo in questione (art. 9, par. 2, 1ª frase PAII CEEJ) o a un trattato bilaterale che la preveda, anche se detta **audizione** sarà **condotta dalle autorità competenti straniere in applicazione del proprio diritto processuale** (art. 9, par. 5, lett. c e 7 PAII CEEJ; in particolare art. VI, par. 5, lett. c, Accordo CEEJ CH-I; cfr. anche art. 65, cpv. 1, lett. b, EIMP).

14 L'audizione tramite videoconferenza è disciplinata da norme rigorose per quanto riguarda le sue **modalità** (cfr. art. 9, par. da 4 a 7, PAII CEEJ). Essa si svolge in particolare sotto la supervisione delle autorità giudiziarie dello Stato richiesto, le quali provvedono, secondo le norme previste dalla propria legislazione, alla citazione a comparire (art. 9, par. 4, PAII CEEJ) e garantiscono il rispetto dei principi fondamentali del proprio ordinamento

giuridico, nonché la tutela della persona da ascoltare e la salvaguardia dei suoi diritti (art. 8 e 9, par. 5, lett. a e b, PAII CEEJ; cfr. anche art. 65 cpv. 2 EIMP). In particolare, il testimone o il perito ascoltato può invocare il diritto di rifiutare di testimoniare che gli sarebbe riconosciuto sia dalla legge dello Stato richiesto sia da quella dello Stato richiedente (art. 9 cpv. 5 lett. e PAII CEEJ; cfr. anche art. 65 cpv. 3 EIMP). Va notato che le conseguenze di una violazione dell'obbligo di testimoniare, così come quelle di una falsa testimonianza, sono disciplinate dal diritto dello Stato richiesto (art. 9, par. 7, PAII CEEJ; cfr. anche art. 163, comma 2, 176 e 177, comma 1, CPP; art. 307 CP).

15 Sebbene l'art. 9 PAII CEEJ riguardi principalmente l'audizione di testimoni e periti, il par. 8 di tale disposizione consente agli Stati parti di ricorrere alla videoconferenza anche per l'**audizione di imputati o indagati**, purché siano soddisfatte le tre condizioni cumulative seguenti: (i) le autorità giudiziarie dello Stato richiedente e dello Stato richiesto concordino nel ricorrere a tale metodo di audizione e abbiano concordato le modalità; (ii) l'accordo raggiunto sia conforme al loro diritto nazionale nonché ai trattati internazionali applicabili (ad es. art. 6, par. 3, CEDU) ; (iii) la persona sottoposta a procedimento penale o l'indagato deve aver prestato il proprio consenso.

16 Pur costituendo uno strumento particolarmente pratico per lo svolgimento di audizioni con una componente internazionale, la videoconferenza solleva tuttavia numerose **difficoltà di integrazione nel sistema dell'EIMP** quando la Svizzera è lo Stato richiesto. Tutte le persone presenti all'audizione in videoconferenza – in particolare le autorità giudiziarie dello Stato richiedente – possono infatti prendere direttamente conoscenza delle dichiarazioni della persona ascoltata, e ciò prima ancora che sia stata emessa una decisione definitiva in merito alla trasmissione delle informazioni in questione a detto Stato o che l'avente diritto abbia dato il proprio consenso a tale trasmissione, comportando così il rischio di una diffusione incontrollata delle informazioni all'estero. Data la sua natura immediata e istantanea, questo strumento è pertanto incompatibile con i principi da rispettare nell'ambito della procedura di assistenza giudiziaria svizzera, in particolare con i principi di proporzionalità e di «utilità potenziale» o ancora con il principio di specialità.

17 Per ridurre al minimo questa incongruenza con la procedura di assistenza prevista dall'EIMP, la dottrina e la giurisprudenza propongono le seguenti **soluzioni**. In un **primo caso**, l'audizione tramite videoconferenza viene,

come le altre misure di assistenza, attuata tra la decisione di ammissione della richiesta e la decisione di chiusura. In tale ipotesi, spetta all'autorità svizzera di esecuzione emettere una decisione di ammissione della richiesta ai sensi dell'art. 80*a* cpv. 1 EIMP, combinata con la decisione incidentale di esecuzione, nell'ambito della quale essa verifica che siano soddisfatte le condizioni per la videoconferenza, così come definite dal diritto convenzionale applicabile. Inoltre, per analogia con l'art. 65*a* EIMP, l'autorità svizzera competente menziona il requisito secondo cui lo Stato richiedente si impegna formalmente, mediante una dichiarazione di garanzia, a non effettuare alcuna registrazione o verbalizzazione dell'audizione in videoconferenza e a utilizzare le informazioni ottenute ai fini del proprio procedimento solo dopo l'entrata in vigore della decisione conclusiva. Prima dello l'esecuzione dell'audizione in videoconferenza, l'autorità straniera che ha formulato la richiesta di assistenza giudiziaria, ovvero generalmente la direzione del procedimento, è tenuta a trasmettere alle autorità svizzere la suddetta dichiarazione di garanzia debitamente firmata. In caso contrario, l'audizione in videoconferenza non viene effettuata. In virtù del principio di buona fede e di fiducia reciproca tra Stati, si presume il rispetto di tali garanzie da parte dello Stato richiedente. La decisione incidentale relativa allo svolgimento dell'audizione in videoconferenza può essere oggetto di un ricorso – separato – dinanzi alla Corte dei ricorsi del Tribunale penale federale (art. 37 cpv. 2 lett. a LOAP in combinato disposto con l'art. 25 cpv. 1 EIMP) alle condizioni previste dall'art. 80*e* cpv. 2 lett. b EIMP (pregiudizio immediato e irreparabile), applicabile per analogia. Una volta conclusa l'audizione in videoconferenza e al fine di garantire il diritto di essere ascoltati nonché i principi di proporzionalità e di specialità, la registrazione e/o il relativo verbale vengono sottoposti alla persona ascoltata nonché a chiunque sia autorizzato a presentare ricorso contro l'atto di assistenza giudiziaria. Nel caso in cui l'avente diritto non abbia acconsentito all'esecuzione semplificata ai sensi dell'art. 80*c* EIMP, l'autorità svizzera di esecuzione emette una decisione conclusiva sulla concessione e sulla portata dell'assistenza giudiziaria (art. 80*d* EIMP), contro la quale è possibile presentare ricorso entro 30 giorni dinanzi alla Corte dei ricorsi del Tribunale penale federale (art. 80*e*, cpv. 1, e 80*k* EIMP; cfr. anche art. 37, cpv. 2, lett. a, LOAP in combinato disposto con l'art. 25, cpv. 1, EIMP) . Dopo l'entrata in vigore della decisione di chiusura, la registrazione e/o il verbale dell'audizione vengono trasmessi all'autorità straniera e viene quindi concessa l'autorizzazione a

utilizzare le informazioni ottenute tramite la misura di assistenza giudiziaria in questione. Nel **secondo caso**, la procedura di assistenza giudiziaria viene portata a termine e l'audizione in videoconferenza viene effettuata dopo l'entrata in vigore della decisione di chiusura, rendendo di conseguenza superflua la fornitura, da parte dello Stato richiedente, delle garanzie sopra menzionate. In questa ipotesi, la decisione di ammissibilità coincide con la decisione di chiusura, cosicché, contrariamente alla situazione precedente, è possibile presentare un unico ricorso – contro la decisione di chiusura. Sebbene questo scenario sembri rispettare maggiormente il principio di celerità, non è tuttavia esente da problemi, poiché l'autorità di esecuzione si trova costretta a pronunciarsi in merito alla trasmissione di mezzi di prova non ancora raccolti, il che le impedisce in particolare di valutarne la potenziale utilità. Inoltre, l'avente diritto si vede privato della possibilità di far valere i propri diritti (in particolare il diritto di essere ascoltato). Per ovviare a quanto sopra ed evitare che questa variante venga respinta, l'UFG raccomanda che l'oggetto dell'audizione in videoconferenza sia preventivamente definito in modo chiaro, mediante un elenco di domande trasmesso dall'autorità richiedente, consentendo così, da un lato, all'autorità svizzera di esecuzione di valutare la potenziale utilità degli elementi che potranno essere raccolti in occasione della futura audizione in videoconferenza e, d'altra parte, all'avente diritto di far valere i propri diritti grazie alla possibilità che gli viene offerta di esprimersi in merito, sulla base del suddetto elenco di domande che gli viene comunicato. Nel caso in cui le suddette domande non possano essere trasmesse all'avente diritto a causa dell'esistenza di un rischio di collusione, l'audizione in videoconferenza viene respinta, fatto salvo il consenso prestato dall'interessato all'esecuzione semplificata ai sensi dell'art. 80*c* EIMP. Nel corso dell'audizione in videoconferenza, l'autorità svizzera interessata deve inoltre vigilare affinché l'autorità richiedente non si discosti dall'oggetto preventivamente definito, compromettendo così la spontaneità dell'audizione durante la quale l'autorità giudiziaria straniera non può integrare liberamente il proprio interrogatorio in base alle dichiarazioni della persona ascoltata. Inoltre, il suddetto vantaggio in termini di rispetto del principio di celerità risulta indebolito dal fatto che eventuali domande che esulino da tale ambito devono essere oggetto di una richiesta di assistenza giudiziaria complementare. Infine, al termine dell'atto di assistenza in questione, l'autorità di esecuzione trasmette il verbale ai sensi

dell'art. 9 cpv. 6 PAII CEEJ all'autorità straniera, corredato della riserva relativa al principio di specialità (art. 67 EIMP).

b. Audizione tramite conferenza telefonica

18 L'audizione di un testimone o di un perito tramite **conferenza telefonica** è disciplinata, in particolare, dall'art. 10 PAII CEEJ.

19 Conformemente a tale disposizione, questa forma di audizione viene effettuata nel territorio dello Stato richiesto su **richiesta dell'autorità richiedente** (art. 10 cpv. 1 PAII CEEJ; cfr. anche art. 65 cpv. 1 *in initio* EIMP). La presentazione di tale richiesta, il cui contenuto è disciplinato dal par. 4 della suddetta disposizione, presuppone che l'audizione sia condotta dalle autorità giudiziarie dello Stato richiedente.

20 Questo strumento si distingue dalla videoconferenza in quanto è limitato alle audizioni di testimoni ed esperti ed è subordinato al loro consenso espresso (art. 10, par. 2, PAII CEEJ). Inoltre, non è subordinato alla forma classica dell'audizione ed è particolarmente utile quando, ad esempio, un testimone deve rendere una deposizione su una questione di routine. Affinché questa forma di audizione sia ammessa, è necessario che sia prevista anche dal diritto nazionale dello Stato richiedente (art. 10 cpv. 1 PAII CEEJ) e che lo Stato richiesto vi acconsenta, assicurandosi preventivamente che tale metodo non violi i principi fondamentali del proprio diritto (art. 10 cpv. 3 PAII CEEJ) . In qualità di Stato richiesto, la Svizzera — ovvero l'autorità di esecuzione competente — esamina in tale contesto quale seguito dare alla richiesta formulata dalle autorità straniere, basandosi sull'art. 65 della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (EIMP).

21 Le **modalità pratiche** relative allo svolgimento dell'audizione tramite conferenza telefonica sono stabilite di comune accordo tra gli Stati interessati (art. 10 cpv. 5, 1ª frase PAII CEEJ) e, una volta concordate, l'autorità interpellata si impegna a svolgere i compiti previsti al par. 5, 2ª frase, lett. da a a c della suddetta disposizione. La prassi seguita da alcuni Stati contraenti, che consiste nell'ascoltare un testimone o un perito nei locali di un consolato situato nel territorio dello Stato richiesto senza l'assistenza di quest'ultimo, non è, ad esempio, in contrasto con l'art. 10 PAII CEEJ. Ciononostante e indipendentemente dagli accordi stipulati, lo Stato richiesto può esigere, in

base al par. 6, il rispetto delle norme applicabili alla videoconferenza e sancite dall'art. 9, par. 5 e 7 PAII CEEJ.

Per quanto riguarda i problemi legati al **carattere istantaneo e immediato** dell'audizione tramite conferenza telefonica e, di conseguenza, alla presa di conoscenza da parte dell'autorità richiedente degli elementi di prova in tempo reale e alle soluzioni raccomandate, si rimanda il lettore alle considerazioni sviluppate al riguardo in merito alle audizioni tramite videoconferenza. 22

c. Osservazioni conclusive

La videoconferenza e la conferenza telefonica sono destinate, tenuto conto dell'aumento della criminalità internazionale e data la loro praticità, ad assumere maggiore importanza, in particolare per i procedimenti complessi. Sarebbe pertanto opportuno apportare una **modifica legislativa** al riguardo e prevedere, nell'EIMP, una disposizione (ad es. aggiungendo un art. 65*b*, rispettivamente, 65*c*) che disciplini queste due modalità di audizione, sul modello delle norme sancite dagli artt. 9 e 10 PAII CEEJ. Come giustamente sottolinea Zimmermann, « [i]n introducendo nel diritto interno una disposizione specifica che disciplini [le audizioni tramite] videoconferenza [e teleconferenza], il legislatore fornirebbe una base giuridica all'assistenza giudiziaria concessa dalla Svizzera a Stati con cui non è vincolata da un trattato o con cui il trattato concluso non prevede la possibilità di eseguire [tali atti investigativi]». Ciononostante, in assenza di una base giuridica convenzionale e per evitare il rigetto dell'audizione secondo una delle forme sopra menzionate, l'Ufficio federale di giustizia propone di negoziare con lo Stato richiedente la procedura da seguire per la sua attuazione. In tale contesto, deve essere richiesta una garanzia di reciprocità da parte di detto Stato e può essere chiesto al Dipartimento federale degli affari esteri anche un eventuale esame dell'affidabilità del sistema giuridico di quest'ultimo. 23

C. Compatibilità con il diritto svizzero e assenza di gravi pregiudizi per le persone coinvolte nel procedimento (comma 2)

Ai sensi dell'art. 65 cpv. 2 EIMP, la forma applicabile alla conferma delle deposizioni e all'ottenimento di mezzi di prova, conformemente al cpv. 1, deve essere **compatibile con il diritto svizzero** e non causare **gravi pregiudizi** alle persone che partecipano al procedimento. 24

25 Come rilevato *supra*, la condizione della **compatibilità con il diritto svizzero** è stata prevista per limitare l'esecuzione degli atti di assistenza giudiziaria da parte delle autorità svizzere, secondo le forme prescritte dal diritto straniero, a quelli ammessi dall'ordinamento giuridico svizzero (cfr. art. 63 EIMP) e che, di conseguenza, non siano in contrasto con i principi fondamentali del diritto svizzero. Concretizzando tale condizione, l'art. 27 OEIMP precisa che il **giuramento**, in quanto forma richiesta per la conferma delle dichiarazioni, non è ammesso nel diritto svizzero, ai sensi dell'art. 65 cpv. 2 EIMP, qualora la legge dello Stato richiedente lasci la scelta tra il giuramento e la solenne promessa di dire la verità e il testimone o il perito interrogato si rifiuti di prestare giuramento. In quest'ultimo caso, la persona interrogata viene esortata, prima di deporre, a dire la verità (art. 163 cpv. 2 CPP) e informata delle conseguenze che l'art. 307 CP attribuisce a una dichiarazione contraria alla verità.

26 Per quanto riguarda la condizione dell'**assenza di gravi pregiudizi per le persone che partecipano al procedimento**, essa è stata voluta dal legislatore al fine di tutelare i segreti privati non garantiti dall'art. 65 cpv. 3 EIMP, ovvero, in particolare, i segreti d'affari o di fabbricazione dei testimoni e dei periti.

D. Diritto di rifiutare di testimoniare (cpv. 3)

27 In linea di principio, nell'ambito di un procedimento di assistenza giudiziaria in cui la Svizzera è lo Stato richiesto, si applicano le norme del **diritto processuale penale svizzero** per quanto riguarda l'obbligo, rispettivamente il rifiuto, di testimoniare (art. 9 e 12 cpv. 1 EIMP; cfr. anche art. 163 cpv. 2 e da 168 a 177 CPP, nonché l'art. 187 cpv. 2 *in fine* CPP; art. 265 cpv. 2 lett. b CPP). L'art. 65 cpv. 3 EIMP prevede tuttavia che la persona interrogata possa – oltre ai
motivi di rifiuto previsti dal diritto svizzero – avvalersi di quelli sanciti dalla **legislazione dello Stato richiedente**. Ai sensi di quest'ultima disposizione, il diritto di rifiutare di testimoniare è inoltre ammesso se la deposizione può comportare sanzioni penali o disciplinari in quest'ultimo Stato o nello **Stato di residenza** della persona interrogata. In tale caso, la persona interrogata può farsi assistere da un rappresentante legale (art. 21 cpv. 2 EIMP).

Il diritto di rifiutarsi di testimoniare di cui all'art. 65 cpv. 3 EIMP è istituito per la **protezione esclusiva dei testimoni e degli esperti**. Pertanto, le persone citate da questi ultimi non hanno la legittimazione ad avvalersi di tale diritto. 28

All'inizio dell'audizione condotta in Svizzera, l'autorità che la conduce è tenuta a **informare** il testimone o l'esperto ascoltato del suo diritto di rifiutarsi di deporre per i motivi previsti sia dal diritto svizzero che da quello dello Stato richiedente (cfr. art. 143 cpv. 1 lett. c e art. 177 cpv. 3 CPP; cfr. anche , per l'audizione degli esperti, l'art. 187 cpv. 2 *in fine* CPP, che rimanda alle disposizioni relative all'audizione dei testimoni). Nel corso di tale informazione, occorre tenere conto – oltre a quanto sopra – del fatto che la persona interrogata può avvalersi di tale diritto anche qualora, a causa delle sue dichiarazioni, rischi di incorrere in sanzioni penali o disciplinari nello Stato richiedente o nel proprio Stato di residenza. Inoltre, l'autorità che conduce l'audizione è tenuta, nel corso della misura di assistenza giudiziaria, a richiamare l'attenzione della persona ascoltata sui motivi di rifiuto di testimoniare che non sarebbero stati menzionati all'inizio dell' audizione e che emergano dalle sue dichiarazioni. Tale informazione relativa al diritto di rifiutarsi di deporre in base al diritto straniero può tuttavia risultare difficile da fornire da parte dell'autorità svizzera di esecuzione, che potrebbe ignorarne l'esistenza, in particolare quando l'audizione è condotta secondo le norme previste dal diritto svizzero. Tale ignoranza può essere dovuta al fatto che nessun elemento emerso dal fascicolo, in particolare dalla richiesta di assistenza giudiziaria presentata dall'autorità straniera o dalle dichiarazioni dell'interessato, consenta di concludere che tale diritto gli sia riconosciuto nello Stato richiedente. Nei casi in cui l'audizione sia condotta in Svizzera in applicazione delle norme previste dal diritto straniero (art. 65 cpv. 1 e 2 EIMP), si presume che sia garantita un'informazione completa in merito al diritto in questione, purché essa risulti da una concertazione preventiva, nonché da una cooperazione durante l' audizione, tra l'autorità straniera che conduce la misura e l'autorità svizzera di esecuzione ivi presente. Una difficoltà può tuttavia sussistere quando le suddette autorità ignorano l'esistenza del diritto di rifiutare di deporre, fondato sul diritto dello Stato di residenza, che per ipotesi è diverso dallo Stato richiedente. Occorre infine sottolineare che un'informazione insufficiente o la sua omissione può comportare l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte. 29

III. CASI CONTEMPLATI DALL'ART. 65 EIMP COME MOTIVI DI RICORSO

30 Ai sensi dell'art. 80*i* cpv. 1 lett. b EIMP, il **ricorso** dinanzi alla Corte dei reclami del Tribunale penale federale (cfr. art. 80*e* cpv. 1 EIMP in relazione all'art. 25 cpv. 1 EIMP e all'art. 37 cpv. 2 lett. a LOAP) può essere presentato per l'applicazione illegittima o manifestamente errata del diritto straniero, nei casi sopra esposti contemplati dall'art. 65 EIMP. L'interessato, personalmente e direttamente colpito da un provvedimento di assistenza giudiziaria e che abbia un interesse meritevole di tutela affinché tale provvedimento sia annullato o modificato (art. 80*h* lett. b EIMP), può quindi invocare dinanzi all'autorità di ricorso motivi di ricorso relativi all'applicazione illegittima o errata del diritto straniero (norme formali relative all'audizione di testimoni e periti e all'ammissibilità di altri mezzi di prova), alla conformità di quest'ultimo al diritto svizzero nonché alla violazione del diritto di rifiutare di testimoniare. In tale contesto, la suddetta Corte può inoltre esaminare l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti rilevanti nonché l'opportunità della decisione impugnata ai sensi dell'art. 49 lett. b e c PA in combinato disposto con l'art. 37 cpv. 2 lett. b LOAP.

BIBLIOGRAFIA

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3e éd., Zurich 2024.

Eymann Stéphanie, Commentaire de l'art. 80*i* EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3e éd., Bâle 2021.

Glutz Alexander M., Commentaire de l'art. 9 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Petit commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Bâle 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Sprenger Thomas, Commentaire de l'art. 65 EIMP, in : Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle 2015.

Stelzer-Więckowska Marta, Commentaire de l'art. 63 EIMP, in : Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, DOI : 10.17176/20250722-185621-0 .

Stelzer-Więckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen : grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6e éd., Berne 2024.

I MATERIALI

Conseil fédéral, Message relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 26 mars 2003, FF 2003 2873 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/467/fr.

Conseil fédéral, Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29.3.1995, FF 1995 III 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/fr.

Conseil fédéral, Message à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition du 8.3.1976, FF 1976 II 430 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 10e éd., 2025, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

Office fédéral de la justice, Circulaire n. 3 : Audition par vidéoconférence, du 24 octobre 2013, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9e éd., 2009.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Italie, Directives, Application de l'Accord entre la Confédération suisse et la République italienne en vue de compléter la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et d'en faciliter l'application, 2003, disponible sur https://www.rhf.admin.ch/fr/directives-aide-memoire-et-circulaires.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 67 AIMP

Un commentario di Francesca Bonzanigo

CITAZIONE SUGGERITA

Francesca Bonzanigo, Commentario all'art. 67 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Bonzanigo, art. 67 AIMP N. XXX.

Art. 67 Principio della specialità

[1] Le informazioni e i documenti ottenuti mercé l'assistenza non possono essere usati nello Stato richiedente né a scopo d'indagine né come mezzi di prova in procedimenti vertenti su fatti per cui l'assistenza è inammissibile.

[2] Qualsiasi altro uso sottostà al consenso dell'Ufficio federale. Tale consenso non è necessario se:

a. il fatto cui si riferisce la domanda costituisce un'altra fattispecie penale per la quale l'assistenza giudiziaria è ammissibile, o

b. il procedimento penale estero è diretto contro un'altra persona che ha partecipato al reato.

[3] L'autorizzazione a presenziare

STRUTTURA

I. Genesi dell'art. 67 AIMP 256
II. Divieto assoluto di utilizzo (paragrafo 1) 259
A. La portata del divieto 260
B. Il reato "per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa" 261
1. Reati politici, militari o fiscali 261
2. Fatti per i quali non è soddisfatta la condizione della doppia incriminazione 262
III. Uso supplementare delle informazioni fornite (par. 2) 264
A. Uso soggetto all'approvazione dell'Ufficio federale di giustizia (cpv. 2, prima frase) 264
1. Assistenza giudiziaria "secondaria" 264
2. Trasmissione di informazioni a uno Stato terzo 266
3. Uso delle informazioni in altri procedimenti penali (controversia) 268
B. Uso non soggetto ad approvazione da parte dell'Ufficio federale di giustizia 269
1. La nuova qualificazione giuridica dei fatti (paragrafo 2, lettera a)) 269
2. Uso delle informazioni contro altre persone coinvolte nel reato (par. 2 let. b) 271
IV. Specialità e accesso anticipato alle informazioni da parte dello Stato richiedente 272
A. In presenza di persone che partecipano al procedimento straniero (art. 65a AIMP) (par. 3) 272
B. Nel contesto della trasmissione spontanea (art. 67a AIMP) 273
V. Contestazione legale 274
Letture consigliate 275
Bibliografia 275

I. GENESI DELL'ART. 67 AIMP

1 L'art. 67 AIMP disciplina il principio di specialità, che trae origine dal diritto dell'estradizione, nell'ambito dell'assistenza giudiziaria minore. Mentre il principio di specialità è ben radicato tra i principi che regolano l'estradizione, al punto da essere considerato un "principio del diritto delle nazioni", la sua consacrazione nel campo dell'assistenza giudiziaria minore è più rara, e la Svizzera è stata inizialmente un'eccezione nel recepire questo principio nel campo dell'assistenza giudiziaria minore.

2 Il principio di specialità funge da salvaguardia per le norme sull'assistenza giudiziaria. Esso mira a garantire che le informazioni trasmesse siano utilizzate solo nei limiti autorizzati dalle autorità svizzere e nel rispetto delle condizioni a cui è soggetta la cooperazione. Esso salvaguarda la sovranità dello Stato richiesto e i diritti delle persone coinvolte nella procedura di assistenza giudiziaria.

3 Nel diritto svizzero, il principio di specialità in materia di assistenza giudiziaria è legato al principio della doppia incriminazione. Alla fine della Seconda guerra mondiale, molti Paesi hanno introdotto restrizioni alla libera circolazione dei pagamenti, criminalizzando al contempo i comportamenti contrari a tali restrizioni. La Svizzera non aveva tali restrizioni e all'epoca assoggettava sistematicamente la concessione di assistenza giudiziaria al principio della doppia incriminazione. Poiché tali comportamenti erano spesso combinati con reati di diritto comune, era necessario trovare una soluzione per garantire che la Svizzera potesse rispettare gli impegni assunti nei confronti dei Paesi terzi in materia di cooperazione internazionale in materia penale e che le informazioni trasmesse non venissero utilizzate per scopi per i quali non era stata concessa l'assistenza. In seguito, la cooperazione internazionale in materia penale si è sviluppata in modo tale da limitare la portata del principio della doppia incriminazione in materia di assistenza giudiziaria. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa (CECG) non subordina la concessione dell'assistenza minore alla doppia incriminazione. Al momento della firma della Convenzione, la Svizzera ha tuttavia voluto mantenere il requisito della doppia incriminazione per l'assistenza giudiziaria minore, ma solo nei casi in cui l'esecuzione della richiesta richieda l'uso di misure coercitive. Una riserva in tal senso è stata pertanto inserita nell'art. 5 par. 1 lett. a CECG. L'art. 64

dell'AIMP incorpora nel diritto interno la riserva formulata nell'art. 5 par. 1 lett. a CEG. Oggi, la ragion d'essere del principio di specialità non risiede più tanto nel principio della doppia incriminazione, quanto piuttosto nel fatto che la Svizzera non è disposta a cooperare in relazione a determinati reati, in particolare quelli di natura fiscale.

Prima di essere inserito nell'EIMP, il principio di specialità in materia di assistenza giudiziaria era stato introdotto prima dalla prassi delle autorità svizzere e poi espressamente nelle convenzioni firmate e ratificate dalla Svizzera prima della legge. La riserva formulata nell'articolo 2 della CECG è stata la prima volta che il principio è apparso in un testo giuridico. Al momento della firma della Convenzione, la riserva della Svizzera recitava: "La Svizzera si riserva inoltre il diritto, in casi particolari, di concedere l'assistenza giudiziaria ai sensi della Convenzione solo alla condizione esplicita che i risultati delle indagini svolte in Svizzera e le informazioni contenute nei documenti o nei fascicoli trasmessi siano utilizzati esclusivamente per le indagini e il perseguimento dei reati per i quali viene fornita l'assistenza giudiziaria". 4

Una disposizione relativa al principio di specialità in materia di assistenza giudiziaria minore è stata poi introdotta nell'articolo 5 del Trattato di assistenza giudiziaria con gli Stati Uniti (TEJUS). Essa prevede che "le testimonianze, le dichiarazioni, i documenti, i registri, le prove o altri elementi, comprese le informazioni in essi contenute, ottenuti dallo Stato richiesto dallo Stato richiedente sulla base del presente Trattato non possono, nello Stato richiedente, essere utilizzati a fini investigativi o essere prodotti come prova in qualsiasi procedimento relativo a un reato diverso da quello per il quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria". Nonostante sembri più restrittivo della riserva formulata nell'art. 2 del TCEJ, i giuristi ritengono che la sua portata non differisca da tale riserva. L'articolo 5 TUE ha la particolarità di essere più dettagliato della riserva formulata nell'articolo 2 ECCJ, in quanto specifica nei paragrafi 2 e 3 l'uso che lo Stato richiedente può fare delle informazioni trasmesse, qualora sia diverso dallo scopo per il quale è stata concessa
l'assistenza, e, se del caso, la o le condizioni a cui tale uso è soggetto. 5

Sulla base dell'articolo 5 del TUE, in particolare, il principio di specialità è stato sancito dall'articolo 67 dell'AIMP al momento dell'adozione di questa legge. Inizialmente si componeva di due soli paragrafi, il primo dei quali 6

prevedeva che "le informazioni ottenute attraverso l'assistenza giudiziaria non possono essere utilizzate nello Stato richiedente a fini investigativi, né possono essere prodotte come prove in procedimenti per i quali l'assistenza giudiziaria è esclusa. Qualsiasi altro utilizzo è soggetto all'approvazione dell'Ufficio federale". L'articolo 67 dell'AIMP è stato modificato in occasione della revisione dell'AIMP nel 1997. La questione in gioco nella revisione era la definizione di "qualsiasi altro uso", che era soggetta all'approvazione dell'UFG. Di conseguenza, la seconda frase dell'art. 67 cpv. 1 aEIMP è stata spostata all'art. 67 cpv. 2 AIMP e integrata da due lettere che specificano le situazioni in cui l'approvazione dell'UFG non è necessaria per un uso diverso da quello per cui è stata inizialmente concessa l'assistenza giudiziaria. Prima della revisione, l'art. 67 cpv. 2 aEIMP disciplinava l'applicazione del principio di specialità all'acquisizione di informazioni da parte di uno Stato estero nell'ambito di un procedimento penale svizzero. Sulla base del messaggio del Consiglio federale, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto semplicemente trasferirlo all'art. 67 cpv. 3 AIMP, senza modificarne la sostanza e adattandone la formulazione in modo da "tenere conto di tutte le persone autorizzate a partecipare a un procedimento penale in Svizzera come parti lese". In realtà, questo non è ciò che risulta dalla lettera della legge. Infatti, la disposizione fa ora riferimento all'art. 65a AIMP e non riguarda più la situazione in cui una persona è autorizzata a consultare il fascicolo di un procedimento penale nazionale svizzero, ma la situazione in cui la consultazione avviene nell'ambito della procedura di assistenza giudiziaria. Anche il titolo marginale dell'art. 67 dell'EIMP è stato modificato nel corso della revisione, passando da "[u]lteriori informazioni" a "[r]egolamentazione della specialità".

7 Nel corso della revisione, il legislatore ha anche modificato la clausola dell'art. 2 CGUE per allinearla all'art. 67 AIMP. Alla riserva è stata aggiunta la lettera c, che indica i casi previsti dall'art. 67 par. 2 lettere a e b dell'AIMP per i quali il principio di specialità non impedisce l'uso delle informazioni fornite. È stato inoltre eliminato il riferimento ai "casi speciali" di cui alla lettera b della riserva, criticato dai giuristi in quanto indefinito e superfluo.

8 Il principio di specialità non è stato discusso in Parlamento né quando è stato introdotto per la prima volta nell'art. 67 dell'AIMP nel 1981 né quando la disposizione è stata rivista nel 1997, per cui la disposizione è stata adottata e poi modificata secondo la versione proposta dal Consiglio federale.

La difficoltà di formulare il principio di specialità nell'ambito dell'assistenza giudiziaria su piccola scala, come sottolineato in particolare dalla commissione di esperti incaricata di redigere l'AIMP, si evince dal fatto che il contenuto di queste prime tre disposizioni è diverso, anche se la sostanza è destinata ad essere la stessa. Vi è anche una differenza nei termini utilizzati nelle varie versioni linguistiche di queste disposizioni: nel caso della riserva all'art. 2 della CGCE e all'art. 5(1) del TUE, il termine "strafbaren Handlungen", cioè i fatti per i quali viene concessa l'assistenza, è utilizzato in tedesco, mentre le versioni francese e italiana utilizzano rispettivamente i termini "infrazioni" e "reati". Per quanto riguarda l'art. 67 par. 1 EIMP, mentre le versioni tedesca e francese concordano nell'utilizzare il termine "Taten" o "infrazioni", la versione italiana utilizza il termine "fatti". Di conseguenza, la portata concreta del principio di specialità è difficile da definire e soggetta a opinioni divergenti nella letteratura giuridica, nonché a una prassi che si discosta dal testo di legge. Di conseguenza, i contorni del principio di specialità non sono chiari. Tuttavia, una definizione precisa del principio è necessaria, in particolare affinché le autorità di esecuzione possano dichiarare in modo corretto e preciso la riserva del principio di specialità quando rispondono a una richiesta straniera. 9

Nella sua attuale formulazione, l'art. 67 AIMP definisce la portata del principio di specialità prevedendo, da un lato, un divieto assoluto di utilizzo delle informazioni (art. 67 al. 1 AIMP; infra II) e, dall'altro, un utilizzo supplementare delle informazioni (art. 67 al. 2 AIMP; infra III). In quest'ultima categoria, si distingue tra uso supplementare soggetto ad autorizzazione da parte dell'Ufficio federale di giustizia (art. 67 al. 2, primo frase AIMP; infra III. A.) e uso supplementare non soggetto ad autorizzazione (art. 67 al. 2, lett. a e b, AIMP; infra III. B.). Infine, l'articolo 67, paragrafo 3, dell'AIMP riguarda l'applicazione del principio di specialità a uno dei meccanismi di accesso anticipato alle informazioni da parte dello Stato richiedente (art. 65a AIMP; infra IV). 10

II. DIVIETO ASSOLUTO DI UTILIZZO (PARAGRAFO 1)

L'articolo 67, paragrafo 1, dell'AIMP prevede un divieto assoluto di utilizzo delle informazioni e dei documenti trasmessi. Esso stabilisce che le informazioni e i documenti non possono essere utilizzati nello Stato richiedente ai fini delle indagini, né possono essere utilizzati come prova in un 11

procedimento penale relativo a un reato per il quale è esclusa l'assistenza reciproca. L'assolutezza del divieto imposto dall'art. 67 cpv. 1 dell'EIMP emerge anche dal modello di formulario dell'UFG relativo alla riserva di specialità. Il modulo suddivide l'uso delle informazioni trasmesse in tre categorie: "uso consentito", "uso escluso" e "uso soggetto a consenso preventivo". Le configurazioni di cui all'art. 67 al. 1 AIMP sono essenzialmente incluse nella categoria "uso escluso".

12 Il divieto assoluto di utilizzo delle informazioni si applica non solo al procedimento per il quale è stata richiesta l'assistenza, ma a tutti i procedimenti nello Stato richiedente, siano essi pendenti o meno, e contro le stesse persone o terzi.

13 A differenza dell'estradizione, il divieto di utilizzo ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, dell'AIMP non ha limiti di tempo. Se una persona possa rinunciare all'applicazione del principio di specialità come previsto dall'art. 38 par. 2 lett. a dell'IMA è oggetto di controversia nella letteratura giuridica. La risposta dipende dal fatto che il principio di specialità sia volto a salvaguardare gli interessi dello Stato richiesto o quelli della persona interessata. Inoltre, la persona interessata dall'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria non è necessariamente la persona oggetto del procedimento penale straniero, a differenza di quanto avviene nei casi di estradizione. Non è quindi possibile prevedere una rinuncia al principio di specialità nella misura in cui ciò pregiudicherebbe i diritti di un terzo.

A. La portata del divieto

14 La portata del divieto di utilizzo imposto dall'articolo 67, paragrafo 1, dell'AIMP è totale, poiché riguarda sia gli scopi investigativi sia la produzione di prove. In particolare, questo divieto è più ampio di quello contenuto nell'art. 67a EIMP relativo alla trasmissione spontanea, dove le informazioni segrete trasmesse allo Stato estero possono essere utilizzate a fini investigativi ma non come prova. D'altra parte, è simile al divieto imposto alle persone che partecipano al procedimento all'estero e che assistono all'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria in Svizzera ai sensi dell'articolo 65a AIMP.

15 Per i reati di cui all'articolo 67, paragrafo 1, AIMP, le autorità dello Stato richiedente non possono, in virtù di tale divieto, utilizzare le informazioni trasmesse per attuare misure coercitive e ottenere prove che non avrebbero

potuto ottenere senza tali informazioni. Per quanto riguarda l'utilizzo delle informazioni per richiedere l'assistenza reciproca di un altro Stato, tale passo rientrerebbe già nell'ambito degli scopi investigativi per i quali le informazioni non possono essere utilizzate a causa del divieto assoluto di cui all'art. 67 par. 1 AIMP. Tuttavia, gli studiosi di diritto sottolineano che vietare allo Stato richiedente di utilizzare le informazioni fornite dalle autorità svizzere per richiedere assistenza reciproca a uno Stato terzo costituirebbe un'eccessiva interferenza con la sua sovranità.

B. Il reato "per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa"

1. Reati politici, militari o fiscali

Il concetto di "reato per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa" si riferisce in particolare ai reati di cui all'articolo 3 dell'AIMP che, per la loro natura, non possono dare luogo alla cooperazione. Si tratta di reati di natura politica, militare o fiscale, o di atti che violano le misure di politica monetaria, commerciale o economica. La natura del reato è determinata in base alla concezione dello Stato richiesto, che non può basarsi sul fatto che, in base al proprio diritto interno, il reato in questione rientra nell'ambito del diritto comune. 16

Il reato di natura politica non è definito dalla legge. Le situazioni che rientrano in questa eccezione sono quindi difficili da determinare. Tuttavia, la giurisprudenza distingue tre categorie di reati politici: reati politici assoluti, reati politici relativi e reati connessi a un reato politico. Il divieto di utilizzare le informazioni ottenute in un procedimento penale di questo tipo non si estende ai procedimenti investigativi avviati da una commissione parlamentare dello Stato richiedente. Il Tribunale federale ha ritenuto che sarebbe contraddittorio concedere l'assistenza giudiziaria per il perseguimento di un reato ordinario senza consentire allo Stato richiedente di utilizzare le informazioni trasmesse per decidere sulle conseguenze politiche del reato commesso. Ha inoltre sottolineato che né l'art. 2 CGE né l'art. 3 par. 1 AIMP impediscono che le informazioni trasmesse vengano utilizzate a fini politici. La risposta sarebbe diversa se la situazione di fatto di cui si occupava la commissione parlamentare includesse reati per i quali è esclusa l'assistenza reciproca. 17

18 Per reato fiscale si intende qualsiasi atto che "sembra destinato a ridurre le entrate fiscali". Il divieto non si estende alla frode fiscale, per la quale è ammessa l'assistenza reciproca (art. 3 al. 3 lett. a EIMP). Inoltre, deve essere interpretato in conformità con gli impegni assunti dalla Svizzera, in modo che i reati relativi all'imposizione indiretta nei rapporti con gli Stati Schengen, per i quali è consentita l'assistenza reciproca (artt. 50 e 51 LICol), non siano coperti dalla riserva. Lo stesso vale per la cooperazione con gli Stati firmatari dell'Accordo di cooperazione tra la Confederazione svizzera, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, per combattere la frode e qualsiasi altra attività illecita che danneggi i loro interessi finanziari (AAF).

19 In una sentenza del 1981, il Tribunale federale ha stabilito che il divieto assoluto di utilizzare le informazioni trasmesse in materia fiscale si applica anche alle procedure fiscali non punitive, in particolare a quelle amministrative. Di conseguenza, l'Ufficio federale non poteva autorizzare lo Stato richiedente a utilizzare le informazioni in tali procedimenti. Poiché questa sentenza è stata emessa in un periodo in cui la Svizzera non aveva assunto alcun impegno nei confronti di nessuno Stato in materia di assistenza amministrativa in materia fiscale e si rifiutava sistematicamente di cooperare in questo settore, oggi questa soluzione non dovrebbe più prevalere. Oggi la Svizzera collabora anche in materia fiscale e ha stipulato accordi di doppia imposizione con molti Paesi. Pertanto, ogni ulteriore utilizzo delle informazioni a fini fiscali non punitivi non deve più essere considerato come un utilizzo (assolutamente) escluso, ma come un utilizzo supplementare che richiede l'approvazione dell'UFG ai sensi dell'art. 67 cpv. 2 primo frase. . AIMP. Le linee guida dell'UFG sembrano essere di segno contrario, in quanto prevedono che, nel caso di "procedimenti fiscali connessi", "le informazioni trasmesse nell'ambito dell'assistenza giudiziaria primaria non possono essere utilizzate nello Stato richiedente in altri procedimenti fiscali senza il consenso dell'UFG".

2. Fatti per i quali non è soddisfatta la condizione della doppia incriminazione

20 Secondo la giurisprudenza, il principio di specialità non impedisce l'utilizzo di informazioni, nello Stato richiedente, per perseguire e giudicare fatti che in Svizzera non costituirebbero reato. In altre parole, un reato nello Stato

richiedente che non soddisfa la condizione della doppia incriminazione non è un "reato per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa".

I giuristi non condividono la soluzione adottata dalla giurisprudenza e ritengono che il principio di specialità precluda l'uso di informazioni per perseguire reati che non costituiscono reati secondo la legge svizzera. Infatti, nella misura in cui l'art. 64 par. 1 AIMP subordina l'assistenza giudiziaria alla condizione della doppia incriminazione, qualsiasi uso delle informazioni deve considerarsi escluso quando i fatti che lo Stato richiedente intende perseguire non costituiscono un reato punibile secondo il diritto svizzero. 21

Non condividiamo le critiche mosse dagli autori accademici. La soluzione adottata dalla giurisprudenza è coerente con il sistema dell'assistenza giudiziaria, poiché il principio della doppia incriminazione si applica, ai sensi dell'articolo 64 dell'AIMP, solo se l'esecuzione della richiesta straniera richiede l'uso di misure coercitive. Infatti, il principio della doppia incriminazione è volto, in materia di assistenza giudiziaria minore, solo a garantire che una persona non sia sottoposta, in Svizzera, a misure coercitive a favore di uno Stato estero se, anche se i fatti si fossero svolti in Svizzera, le autorità non sarebbero state in grado di attuare tali misure. Di conseguenza, se le autorità sono già in possesso delle informazioni, il principio della doppia incriminazione non è più una condizione per concedere l'assistenza giudiziaria. Tuttavia, quando si pone la questione dell'uso aggiuntivo di informazioni già trasmesse all'estero, non è più necessario attuare nuove misure coercitive. 22

La soluzione giurisprudenziale è anche coerente con i principi che regolano l'analisi della condizione della doppia incriminazione. A differenza di quanto avviene nei casi di estradizione, in cui l'assistenza giudiziaria è richiesta per reati diversi, è sufficiente che i fatti costituiscano un unico reato secondo il diritto svizzero, senza che l'analisi debba essere effettuata per ciascuno dei reati presentati. 23

Infine, questa soluzione è coerente con un'analisi letterale della legge. Utilizzando il termine "reato" (Tat) nell'art. 67 cpv. 1 AIMP, il legislatore sembra aver inteso attribuire una specifica qualificazione giuridica allo stato di cose a cui è interessato lo Stato richiedente e per il quale è escluso l'uso delle informazioni trasmesse. Questa espressione è la stessa utilizzata nella rubrica marginale dell'art. 3 AIMP (natura del reato; Art der Tat) e sembrerebbe quindi 24

riferirsi non a qualsiasi atto per il quale l'assistenza reciproca è esclusa, ma piuttosto alla qualificazione giuridica dell'atto in questione. A questo proposito, la versione italiana dell'art. 67 par. 1 AIMP è confusa in quanto utilizza il termine "fatti" e non "reato".

III. USO SUPPLEMENTARE DELLE INFORMAZIONI FORNITE (PAR. 2)

A. Uso soggetto all'approvazione dell'Ufficio federale di giustizia (cpv. 2, prima frase)

25 Articolo 67, paragrafo 2, primo frase L'AIMP stabilisce che "qualsiasi altro uso [delle informazioni trasmesse] è soggetto all'approvazione dell'Ufficio federale". Questa frase stabilisce il principio dell'approvazione. La formulazione è molto ampia e pone difficoltà di interpretazione, poiché non specifica quali siano gli "altri usi" in questione. Il fatto che l'uso supplementare sia soggetto all'approvazione dell'UFG è una questione importante, in quanto dà luogo a diritti per le persone coinvolte nella procedura di assistenza giudiziaria. Quando è necessaria un'autorizzazione, l'UFG deve emettere una nuova decisione (nota come "estensione di specialità"), che è soggetta a ricorso. Il termine e il diritto di ricorso contro questa decisione sono determinati in base alle norme che regolano l'assistenza giudiziaria originaria (ossia l'art. 80k AIMP per quanto riguarda il termine e l'art. 80h AIMP cum 9a AIMP per quanto riguarda il diritto di ricorso).

1. Assistenza giudiziaria "secondaria"

26 L'uso delle informazioni trasmesse in procedimenti diversi da quello penale è soggetto al principio dell'approvazione. A questo proposito si parla di assistenza giudiziaria "secondaria", in quanto tale forma di cooperazione presuppone necessariamente una precedente assistenza giudiziaria di natura strettamente penale, nota come assistenza giudiziaria "primaria". A differenza dell'assistenza giudiziaria "primaria", la cui esecuzione è generalmente affidata a un pubblico ministero, l'UFG è esclusivamente responsabile della decisione sull'assistenza giudiziaria "secondaria".

27 L'assistenza giudiziaria in materia penale disciplinata dall'AIMP è concessa solo per i procedimenti "connessi a un caso penale" ai sensi dell'art. 63 cpv. 1

AIMP. Una richiesta di assistenza giudiziaria in materia penale presentata al solo scopo di aggirare le norme sull'assistenza giudiziaria in materia civile o amministrativa sarebbe considerata abusiva. In altre parole, uno Stato straniero non può cercare di ottenere attraverso l'assistenza giudiziaria in materia penale - e applicando le sue misure più incisive - ciò che non potrebbe ottenere attraverso l'assistenza giudiziaria in materia civile o amministrativa. Art. 67 al. 2 1° ph. L'AIMP costituisce quindi un'eccezione al principio secondo cui, per ottenere le informazioni necessarie per un procedimento diverso da quello penale, si deve ricorrere alla corrispondente procedura di assistenza giudiziaria.

28 L'approvazione dell'assistenza giudiziaria "secondaria" da parte dell'UFG è soggetta a condizioni rigorose che variano a seconda della natura del procedimento in cui lo Stato richiedente desidera utilizzare le informazioni. Nel caso di procedimenti civili, l'approvazione può essere concessa se (i) lo scopo del procedimento è chiaramente definito sia in termini di sostanza che di persone interessate, (ii) è collegato a un procedimento penale e (iii) è destinato a risarcire le persone colpite dal reato. Nel caso di un procedimento condotto da una commissione parlamentare d'inchiesta per determinare le conseguenze politiche di un reato ordinario, la richiesta deve (i) descrivere con sufficiente chiarezza lo scopo politico per il quale saranno utilizzate le informazioni e (ii) stabilire un legame sufficiente tra il procedimento condotto dalla commissione d'inchiesta e il reato per il quale è stata originariamente concessa l'assistenza reciproca. Infine, l'assistenza giudiziaria secondaria può essere concessa anche per i procedimenti amministrativi, qualora si intenda rispondere a una questione preliminare decisiva per il procedimento penale per il quale sono state trasmesse le informazioni, e che quindi è correlata a tale procedimento. In sostanza, come sottolinea Harari, il fattore decisivo per l'approvazione dell'UFG nei procedimenti non penali sembra essere l'esistenza di un nesso sufficiente con il procedimento penale per il quale è stata originariamente concessa l'assistenza.

29 Il Tribunale federale ha chiarito il confine tra assistenza giudiziaria "primaria" e "secondaria". Ha stabilito che qualsiasi procedura volta alla restituzione al legittimo proprietario di beni ottenuti attraverso la commissione di un reato, sia esso penale, civile o amministrativo, rimane nella categoria dell'assistenza giudiziaria "primaria" e non è quindi soggetta al principio di approvazione. Lo stesso vale a priori per le richieste di risarcimento danni da parte della parte

lesa, basate sul danno causato dal reato che ha dato origine alla richiesta di assistenza giudiziaria. Pur lasciando aperta la questione, il Tribunale federale raccomanda di interpretare l'art. 67 AIMP in conformità all'art. 5 par. 3 lett. a TEJUS. Quest'ultima disposizione stabilisce, in termini generali, che le informazioni possono essere utilizzate per i procedimenti relativi al pagamento dei danni in relazione ai procedimenti per i quali è stata fornita assistenza legale, senza fare alcuna distinzione in base alla natura della richiesta. Il vantaggio di questa soluzione è che stabilisce un criterio semplice, ossia il collegamento con i procedimenti per i quali è stata fornita l'assistenza giudiziaria, invece del criterio più complesso basato sulla natura delle richieste, che dipende anche dalla legge dello Stato richiedente. Inoltre, sarebbe contraddittorio vietare a una persona di utilizzare le informazioni trasmesse in un procedimento civile separato, mentre non esiste una simile restrizione nel caso di un procedimento civile accessorio al procedimento penale per il quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria. Alla luce di questa giurisprudenza, appare curiosa la precisazione contenuta nel modello di formulario dell'UFG, secondo cui "per gli Stati Schengen non è necessario un accordo preventivo per i procedimenti civili uniti a quelli penali ai sensi dell'art. 49 lett. d della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen". Oltre ad essere superflua nel caso degli Stati Schengen, questa eccezione non sembra essere limitata ad essi.

2. Trasmissione di informazioni a uno Stato terzo

30 Il principio dell'approvazione regola anche la (ri)trasmissione di informazioni a uno Stato terzo. La domanda di approvazione dello Stato richiedente deve esporre i dettagli del procedimento condotto nello Stato terzo in modo sufficientemente dettagliato da garantire il rispetto dei requisiti dell'articolo 28 dell'AIMP (rispettivamente dell'articolo 14 della CEDU). Secondo la giurisprudenza, l'UFG deve analizzare cosa sarebbe successo a una richiesta di estensione della specialità a uno Stato terzo se quest'ultimo l'avesse inviata direttamente alla Svizzera. Ne consegue anche che tutte le contestazioni che il ricorrente avrebbe potuto sollevare se la richiesta fosse stata presentata direttamente dallo Stato terzo (diritto di essere ascoltato, motivi generali di rifiuto dell'assistenza giudiziaria, ne bis in idem, proporzionalità, ecc. Il Tribunale penale federale ha analizzato anche la denuncia di doppia incriminazione, che non dovrebbe applicarsi ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, dell'AIMP, in quanto le misure coercitive non devono essere

attuate in Svizzera per soddisfare la richiesta di estensione del principio di specialità. Tuttavia, in una sentenza relativa a una richiesta di estensione del principio di specialità da parte della Bulgaria a favore dell'Italia, si è affermato che "la consegna di documenti bancari è una misura coercitiva ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 2, lettera c), dell'AIMP, che può essere ordinata, ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, dell'AIMP, solo [...] se i fatti esposti nella richiesta corrispondono agli elementi oggettivi di un reato punibile secondo la legge svizzera". La fornitura di documenti bancari è un atto di assistenza reciproca, ma non può essere considerata una misura di coercizione. La coercizione può essere applicata prima, al momento della raccolta dei documenti. Pertanto, il principio della doppia incriminazione si applica solo se si presume che l'autorità di esecuzione abbia adottato misure coercitive in risposta alla richiesta che le è stata rivolta direttamente dal Paese terzo.

La situazione è diversa se lo Stato richiedente intende utilizzare le informazioni trasmesse per presentare una richiesta di assistenza giudiziaria a uno Stato terzo. Tale utilizzo delle informazioni non è soggetto al principio di approvazione. Lo Stato richiedente è autorizzato a utilizzare integralmente le informazioni nel procedimento per il quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria ed è limitato solo dal proprio diritto processuale penale. Anche la trasmissione di informazioni a un'altra autorità penale dello Stato richiedente non è soggetta al principio di approvazione. 31

Le eccezioni all'applicazione del principio di approvazione per la (ri)trasmissione di informazioni a uno Stato terzo possono derivare da convenzioni o trattati internazionali che la Svizzera ha ratificato. È il caso, in particolare, dell'art. 5 par. 2-5 AAF, che autorizza le parti contraenti a (ri)trasmettere liberamente le informazioni ottenute in applicazione dell'accordo, a condizione che non siano destinate a essere utilizzate in procedimenti per i quali è esclusa l'assistenza giudiziaria. L'articolo 5, paragrafo 3, dell'AAF stabilisce inoltre che tale (ri)trasmissione non è soggetta a ricorso nella Parte contraente che ne ha fatto richiesta. 32

Per quanto riguarda la legge applicabile a tale richiesta di estensione del principio di specialità, il Tribunale penale federale sembra basarsi sia sulla legge che regola i rapporti con lo Stato richiedente sia sulla legge applicabile allo Stato terzo a favore del quale è stata presentata la richiesta di estensione. Tuttavia, la sua giurisprudenza non specifica quali aspetti della richiesta siano disciplinati dal diritto applicabile con lo Stato richiedente e quali dal diritto 33

applicabile con lo Stato terzo. Poiché il Tribunale penale federale ritiene che l'autorità svizzera che decide su una richiesta di proroga sia tenuta ad analizzare cosa sarebbe successo alla richiesta se fosse stata inviata direttamente in Svizzera, riteniamo che le condizioni per la proroga siano disciplinate esclusivamente dal diritto applicabile tra la Svizzera e lo Stato terzo. Il diritto applicabile tra la Svizzera e lo Stato richiedente si applica solo agli aspetti strettamente legati al principio di specialità, in particolare alla sua portata e ai suoi limiti.

3. Uso delle informazioni in altri procedimenti penali (controversia)

34 Più controversa è la questione se l'uso di informazioni in procedimenti penali diversi da quelli per i quali è stata originariamente concessa l'assistenza sia soggetto al principio di approvazione. Questo ulteriore utilizzo può essere definito "appropriato" nel senso che i fatti per i quali lo Stato richiedente desidera utilizzare le informazioni differiscono da quelli per i quali l'assistenza è stata originariamente concessa.

35 La maggioranza dei giuristi ritiene che qualsiasi uso supplementare delle informazioni in procedimenti penali diversi da quelli per i quali è stata originariamente concessa l'assistenza sia soggetto all'approvazione dell'UFG, ai sensi dell'art. 67 cpv. 2 AIMP. Questa interpretazione del principio di specialità è corroborata dal messaggio del Consiglio federale del 1995 sulla revisione dell'AIMP, che afferma in termini generali che "lo Stato che desidera utilizzare le informazioni in altri procedimenti deve presentare una richiesta supplementare", senza fare alcuna distinzione in base alla natura dei procedimenti interessati.

36 La prassi, invece, adotta un'interpretazione molto più flessibile del principio di specialità, secondo cui lo Stato richiedente può utilizzare liberamente le informazioni trasmesse non solo nel procedimento penale per il quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria, ma anche in qualsiasi altro procedimento penale. L'unica restrizione imposta è che le informazioni non devono essere utilizzate per perseguire o giudicare un reato per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, dell'AIMP. Secondo l'UFG, le informazioni trasmesse possono quindi "essere utilizzate liberamente nel procedimento per il quale è stata richiesta l'assistenza, nonché in qualsiasi altro procedimento penale condotto nello Stato richiedente". Il modello di formulario per la riserva di specialità prevede

inoltre che "le prove e le informazioni ottenute attraverso l'assistenza giudiziaria possono essere utilizzate nello Stato richiedente a fini investigativi e come prova nel procedimento penale per il quale è stata richiesta l'assistenza giudiziaria, nonché in qualsiasi altro procedimento penale". Per quanto riguarda la giurisprudenza, se in due sentenze del 1986 sembrava che l'utilizzo delle informazioni in procedimenti (penali) diversi da quelli per i quali era stata concessa l'assistenza giudiziaria fosse subordinato all'approvazione dell'UFG, ora si ritiene che non sia così. Al di là della formulazione della legge, essa applica il principio dell'approvazione solo se lo Stato richiedente desidera utilizzare le informazioni per altri procedimenti non penali.

A nostro avviso, per dare una risposta soddisfacente a questa controversia è 37
necessario seguire il testo della legge. Da esso si evince che le eccezioni al principio di approvazione sono elencate in modo esaustivo nell'articolo 67, paragrafo 2, lettere a) e b), dell'IMA. Pertanto, se il procedimento penale supplementare che lo Stato richiedente intende condurre non rientra nel campo di applicazione dell'art. 67 cpv. 2 lett. a e b AIMP, deve essere sottoposto all'approvazione dell'UFG. Tuttavia, l'uso aggiuntivo "propriamente detto" a cui ci riferiamo qui non è coperto dalle eccezioni di cui all'art. 67 al. 2 lett. a e b EIMP.

B. Uso non soggetto ad approvazione da parte dell'Ufficio federale di giustizia

L'art. 67 cpv. 2 lett. a e b AIMP disciplina le eccezioni al principio 38
dell'approvazione. Si tratta di un uso delle informazioni diverso da quello per cui è stato concesso l'aiuto, ma non soggetto all'approvazione dell'UFG. Questo uso aggiuntivo può essere definito "uso improprio" o "uso alternativo", a condizione che i fatti che hanno dato origine alla richiesta - e per i quali lo Stato richiedente desidera utilizzare le informazioni - rimangano invariati, e che si verifichi un cambiamento solo nella qualificazione giuridica dei fatti o nella cerchia di persone a cui viene attribuito lo stato di cose.

1. La nuova qualificazione giuridica dei fatti (paragrafo 2, lettera a))

L'art. 67 cpv. 2 lett. a AIMP prevede che l'approvazione dell'UFG non sia 39
necessaria se i fatti all'origine della richiesta costituiscono un altro reato per il quale può essere concessa l'assistenza giudiziaria. Per stabilire se lo Stato

richiedente intende utilizzare le informazioni in modo alternativo, ma sempre per gli stessi fatti, Fiolka propone di utilizzare il criterio dell'"identità dei fatti materiali, intesa come esistenza di un insieme di fatti indissociabili tra loro", sviluppato dalla CGUE nella sua giurisprudenza relativa al principio del ne bis in idem sancito dall'art. 54 della CAAS. A nostro avviso, questo criterio è troppo ristretto. Da un lato, è incoerente con il testo della legge, che non si limita ad autorizzare una riqualificazione giuridica del reato, ma piuttosto una nuova qualificazione giuridica dei fatti. In secondo luogo, porterebbe a un'applicazione eccessivamente rigida del principio di specialità, che non sarebbe compatibile con il sistema svizzero di cooperazione giudiziaria. L'assistenza giudiziaria è regolata dal principio di proporzionalità, analizzato dal punto di vista dell'utilità potenziale. La giurisprudenza sottolinea regolarmente a questo proposito che "[i]l carattere stesso dell'assistenza giudiziaria è quello di promuovere la scoperta di fatti, informazioni e prove, comprese quelle di cui l'autorità penale straniera non è a conoscenza. Non si tratta solo di aiutare lo Stato richiedente a dimostrare i fatti emersi dall'indagine che sta conducendo, ma anche a scoprirne altri, se esistono. Di conseguenza, l'autorità di esecuzione ha un dovere di completezza che giustifica la comunicazione di tutti gli elementi raccolti che possono essere utili all'indagine straniera, al fine di far luce su tutti gli aspetti del funzionamento del meccanismo penale perseguito nello Stato richiedente". Le autorità svizzere sono quindi chiamate ad assistere attivamente lo Stato richiedente nel procedimento che sta conducendo. Una concezione degli stessi fatti nell'art. 67 cpv. 2 lett. a dell'AIMP come quella derivata dall'art. 54 della CAAS non sarebbe conciliabile con questa interpretazione ampia del principio di proporzionalità. L'ampia trasmissione delle informazioni, come sostenuto dalla giurisprudenza, sarebbe irrilevante se lo Stato richiedente non potesse utilizzarle fin dall'inizio. Seguendo questa linea di ragionamento, in un caso di assistenza giudiziaria con la Spagna, il Tribunale federale ha ritenuto che le informazioni trasmesse per i reati di traffico di stupefacenti potessero essere liberamente utilizzate dallo Stato richiedente per perseguire e processare i reati di riciclaggio di denaro "strettamente connessi" al primo procedimento. Di conseguenza, i fatti che hanno dato origine alla richiesta devono essere intesi in senso lato come fatti che fanno parte del disegno criminoso presentato dallo Stato richiedente.

40 Lo Stato richiedente rimane limitato per quanto riguarda la nuova qualificazione giuridica dei fatti dall'art. 67 par. 1 AIMP. I fatti non possono

essere analizzati dal punto di vista di un reato per il quale è esclusa l'assistenza giudiziaria. Inoltre, se lo Stato richiedente desidera utilizzare le informazioni per analizzare i fatti dal punto di vista della frode fiscale, l'eccezione prevista dall'art. 67 cpv. 2 lett. a AIMP non si applica ed è necessaria l'approvazione dell'UFG. Questo requisito garantisce che le informazioni non vengano utilizzate in un procedimento relativo a un reato per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa, in particolare perché la natura del reato è determinata in base al diritto dello Stato richiesto.

2. Uso delle informazioni contro altre persone coinvolte nel reato (par. 2 let. b)

La seconda eccezione al principio di approvazione è disciplinata dall'art. 67 par. 2 lett. b AIMP e riguarda l'uso di informazioni contro persone diverse da quelle indicate nella richiesta di assistenza. Affinché tale uso sia consentito, la lettera della legge stabilisce che le persone interessate devono aver "partecipato alla commissione del reato". Qui siamo d'accordo con Fiolka, per il quale questa eccezione riguarda il fatto presentato nella domanda, determinato dal punto di vista dei principi sviluppati in relazione all'articolo 54 CAAS. Se le informazioni vengono utilizzate contro persone che hanno commesso un altro reato che fa comunque parte del disegno criminoso presentato nella richiesta, si applicherà l'eccezione di cui all'art. 67 cpv. 2 lett. a AIMP, in conformità a quanto abbiamo detto sopra al n. 39. 41

Il concetto di "persone che hanno partecipato alla commissione del reato" non è chiaramente definito. La giurisprudenza non si è mai pronunciata su questo aspetto, pur menzionando evasivamente che il concetto riguarda i "Mittäter ecc.". A nostro avviso, si riferisce a qualsiasi forma di partecipazione, sia principale (coattività, mediazione) che accessoria (complicità, istigazione). 42

La soluzione adottata nell'articolo 67, paragrafo 2, lettera b), dell'AIMP differisce da quella del TUE, che consente di utilizzare le informazioni contro persone sospettate o accusate di aver partecipato a un reato per il quale è stata concessa l'assistenza giudiziaria, o di aver facilitato tale reato, a condizione che lo Stato richiesto abbia potuto "esprimere il proprio parere" (articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del TUE). 43

IV. SPECIALITÀ E ACCESSO ANTICIPATO ALLE INFORMAZIONI DA PARTE DELLO STATO RICHIEDENTE

A. In presenza di persone che partecipano al procedimento straniero (art. 65a AIMP) (par. 3)

44 L'articolo 67, paragrafo 3, dell'AIMP specifica che il principio di specialità si applica anche quando le persone che partecipano al procedimento straniero sono autorizzate ad assistere all'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria (art. 65a AIMP). Questa disposizione riguarda solo le informazioni ottenute dal procedimento di assistenza giudiziaria a cui la persona è eccezionalmente autorizzata a partecipare. Non disciplina (o almeno non più) la situazione in cui una persona viene a conoscenza di informazioni in un procedimento penale svizzero. Tuttavia, per quanto riguarda l'autorità straniera, il principio di specialità si applicherà anche in questo caso in virtù dell'art. 34, cpv. 2, dell'OEIMP, che prevede che la persona venga a conoscenza di informazioni in un procedimento penale svizzero. 2 OEIMP, che stabilisce che se un'autorità straniera riceve l'autorizzazione a consultare un fascicolo svizzero al di fuori di un procedimento di assistenza giudiziaria, le autorità svizzere devono richiamare la sua attenzione sul fatto che le informazioni fornite non possono essere utilizzate in procedimenti per i quali l'assistenza giudiziaria è esclusa (art. 34 al. 1 lett. a OEIMP) e che qualsiasi altro utilizzo delle informazioni è soggetto al consenso dell'Ufficio federale (art. 34 al. 1 lett. b OEIMP). D'altro canto, il principio di specialità non può essere invocato nei confronti di un attore straniero non statale che sia venuto a conoscenza delle informazioni consultando il fascicolo del procedimento penale nazionale svizzero e che intenda utilizzarle in un procedimento civile all'estero.

45 L'art. 67 cpv. 3 EIMP è stato introdotto al momento della revisione del 1997 e fa riferimento direttamente all'art. 65a EIMP, anch'esso introdotto in quel periodo. Alla luce di quest'ultima disposizione, la riserva fatta nell'art. 67 cpv. 3 AIMP a favore del principio di specialità sembra superflua. L'articolo 65a cpv. 3 AIMP prevede che la presenza di persone che partecipano al procedimento all'estero nel procedimento di assistenza giudiziaria "non può comportare che fatti che rientrano nella sfera del segreto siano portati a loro conoscenza prima che l'autorità competente si sia pronunciata sulla concessione e sulla portata dell'assistenza giudiziaria". La giurisprudenza

interpreta questa disposizione nel senso che "il fascicolo deve essere consultato in modo da garantire che non vi giungano informazioni utili all'autorità richiedente prima che la decisione finale sia entrata in vigore". Ciò si traduce nell'obbligo per lo Stato richiedente di fornire garanzie, prima della consultazione del fascicolo, con cui si impegna ad adottare un atteggiamento passivo e a non fare alcun uso, né a fini investigativi né a fini probatori, delle informazioni di cui viene a conoscenza, prima che gli siano trasmesse in virtù della decisione di chiusura. Ne consegue che il meccanismo dell'art. 65a AIMP - come quello dell'art. 67a AIMP a cui facciamo riferimento - prevede già delle garanzie volte a prevenire l'uso di informazioni contrarie all'art. 67 AIMP.

B. Nel contesto della trasmissione spontanea (art. 67a AIMP)

L'art. 67 AIMP non si applica direttamente alla trasmissione spontanea (art. 67a AIMP). Il principio di specialità si applica tuttavia anche in questo ambito, ma in una forma "adattata", secondo la giurisprudenza, derivante dall'art. 67a par. 5 EIMP. In realtà, il sistema istituito dall'art. 67a AIMP prevede delle garanzie che limitano il potere di disposizione dello Stato estero sulle informazioni trasmesse e che hanno l'effetto di garantire il rispetto del principio di specialità di cui all'art. 67 AIMP. Lo stesso vale a priori per il sistema istituito dall'art. 80dbis AIMP (trasmissione anticipata di informazioni e prove) e dall'art. 80dter e seguenti AIMP (disciplina delle squadre investigative comuni). In altre parole, per quanto riguarda la trasmissione spontanea, l'art. 67a par. 5 dell'EIMP funge, tra l'altro, da "salvaguardia della salvaguardia" delle norme di assistenza giudiziaria sulla trasmissione spontanea. 46

Le garanzie di cui all'articolo 67a, paragrafo 5, dell'AIMP sono essenzialmente due. La prima riguarda il fatto che le autorità svizzere non devono trasmettere spontaneamente informazioni segrete allo Stato estero se risulta fin dall'inizio che le informazioni si riferiscono a un reato per il quale l'assistenza giudiziaria è esclusa. Il secondo riguarda il fatto che le informazioni devono essere utilizzate nello Stato richiedente esclusivamente a fini investigativi, in particolare per presentare una richiesta di assistenza giudiziaria alla Svizzera. Non possono essere utilizzate come prove. L'uso delle informazioni sarà possibile solo dopo che l'assistenza giudiziaria, se richiesta, sarà stata concessa. In questo caso, la trasmissione delle informazioni seguirà la 47

procedura ordinaria che si concluderà con la decisione di archiviazione del caso, che riserverà il principio di specialità (art. 67 AIMP).

V. CONTESTAZIONE LEGALE

48 Nella procedura di assistenza giudiziaria in Svizzera, in quanto Stato richiesto, la contestazione della violazione del principio di specialità può essere sollevata al momento del ricorso contro la decisione di chiusura della procedura. In teoria, tale rischio potrebbe indurre le autorità svizzere a rifiutare l'assistenza giudiziaria. Il rischio può essere sollevato solo dalla persona legittimata a presentare ricorso contro la decisione (art. 80h EIMP cum 9a OEIMP), e il presunto rischio deve essere suscettibile di colpire personalmente tale persona. In altre parole, il rischio non può essere invocato per proteggere gli interessi di terzi. Poiché nelle relazioni internazionali prevale il principio della fiducia, le possibilità di successo di una simile richiesta sono scarse, dato che, a nostra conoscenza, non è mai stata accettata dai tribunali. Inoltre, una passata violazione del principio di specialità da parte dello Stato richiedente non è sufficiente a stabilire l'esistenza di tale rischio e a rompere la fiducia che prevale nelle relazioni interstatali.

49 La decisione di estensione della specialità può essere impugnata anche in Svizzera, in quanto Stato richiesto. La legittimazione a presentare ricorso è determinata in base alle norme che regolano la legittimazione a presentare ricorso contro la decisione di chiusura della procedura, ossia ai sensi dell'art. 80h AIMP cum 9a AIMP. Ne consegue che se l'estensione della specialità è concessa a favore dell'utilizzo delle informazioni contro un terzo menzionato nella documentazione bancaria, ma che non è il titolare del conto oggetto della richiesta originaria di assistenza giudiziaria (art. 9a lett. a OEIMP e la relativa giurisprudenza), a questa persona non dovrebbe probabilmente essere concessa la legittimazione a presentare ricorso contro la decisione di estensione. Lo stesso vale, mutatis mutandis, per una decisione di estensione a favore dell'utilizzo di informazioni contro una persona che non è stata direttamente sottoposta a perquisizione ai sensi dell'art. 9a let. b dell'OEIMP (e della relativa giurisprudenza).

50 Se lo Stato richiedente non rispetta il principio di specialità una volta che le informazioni sono state trasmesse, le persone interessate non hanno alcun mezzo giuridico reale, in Svizzera come Stato richiesto, per lamentarsi di questa violazione. Il massimo che possono fare è segnalare la questione

all'UFG, che deciderà a sua volta le conseguenze della violazione per le future relazioni con lo Stato richiedente. Non esiste il diritto di esigere una reazione da parte delle autorità svizzere, in particolare ordinando allo Stato richiedente di distruggere o restituire le informazioni trasmesse. La violazione del principio di specialità può essere invocata in procedimenti stranieri per escludere prove considerate illegali, precisando che l'esistenza di questo rimedio giuridico dipende esclusivamente dalla legge dello Stato estero.

LETTURE CONSIGLIATE

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in : Schmid Niklaus *et al.* (édit.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, p. 143 ss.

Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Eine rechtliche Würdigung, Berne 2015.

Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Mit einem Exkurs über die räumliche Geltung des Strafgesetzes, Bâle 1953.

BIBLIOGRAFIA

Bernasconi Paolo, La cooperatione riguardante la frode fiscale secondo il nuovo Accordo italo-svizzero di assistenza giudiziaria penale, il fisco 1998 p. 13007 ss.

Bomio Giorgio/Glassey David, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13 décembre 2010 https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2010/597/_8870.html__ONCE (consulté le 7.2.2023).

De Capitani Werner, Internationale Rechtshilfe eine Standortbestimmung, Strafsachen und Verwaltungssachen, RDS 1981 p. 365 ss.

Donatsch Andreas *et al.*, Internationale Rechtshilfe, Unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015.

Gauthier Jean, La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale, RPS 1984 p. 51 ss.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale : des interrogations demeurent, in : Gani Raphael (édit.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, p. 103 ss.

Ludwiczak Maria, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, RPS 2015 p. 295 ss (cité : Ludwiczak, À la croisée des chemins).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018 (cité : Ludwiczak Glassey, Précis)

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre « informations » et « moyens de preuve » en entraide pénale internationale, RPS 2022 p. 402 ss.

Markees Curt, Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe, RPS 1973 p. 230 ss (cité Markees, RPS 1973).

Markees Curt, Die Rechtshilfe in Strafsachen im Verkehr mit den USA nach dem Vertrag vom 25.5.1973 und dem Bundesgesetz vom 3.10.1975, RPS 1978 p. 113 ss (cité : Markees, RPS 1978).

Markees Curt, Entraide international en matière pénale, Loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) III : Troisième partie : Autres actes d'entraide, FJS 423c, 1983 (cité : Markees, FJS 423c).

Moreillon Laurent (édit.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Commentaire romand, Bâle 2004.

Neyroud Philippe, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Junod Charles-André/Hirsch Alain (édit.), Colloque L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, Genève 1986, p. 15 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshile in Strafsachen, Bâle 2001.

Schmid Pierre *et al.*, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981 p. 247 ss.

Schultz Hans, Secret bancaire e entraide judiciaire internationale en matière pénale, Société de banque suisse 1982 (cité : Schultz, Secret bancaire).

Schultz Hans, Struttura generale della nuova legge svizzera sulla assistenza internationale in materia penale, in : Broggini (édit.), L'assistenza internationale in materia penale, Milan 1983, p. 15 ss (cité : Schultz, Struttura generale).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht, Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshile bei Fiskaldelikten, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu ?, *in* PJA 2007 p. 62 ss (cité : Zimmermann, Communication).

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019 (cité : Zimmermann, Coopération).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 67a AIMP

Un commentario di Daniel Schaffner / Yves Rohner

CITAZIONE SUGGERITA

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Commentario all'art. 67a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Schaffner/Rohner, art. 67a AIMP N. XXX.

Art. 67*a* Trasmissione spontanea di mezzi di prova e di informazioni

[1] L'autorità di perseguimento penale può trasmettere spontaneamente a un'autorità omologa estera mezzi di prova acquisiti per la propria inchiesta, se ritiene che tale comunicazione sia idonea a:

a. promuovere un procedimento penale, o

b. facilitare un'istruzione penale pendente.

[2] La trasmissione di cui al capoverso 1 non ha alcun effetto sul procedimento penale pendente in Svizzera.

[3] Senza il consenso dell'UFG nessun mezzo di prova può essere trasmesso ad un altro Stato con il quale non esiste alcun accordo internazionale.

[4] I capoversi 1 e 2 non si applicano ai mezzi di prova inerenti alla sfera segreta.

[5] Informazioni inerenti alla sfera segreta possono essere fornite se permettono allo Stato estero di presentare una domanda d'assistenza giudiziaria alla Svizzera.

[6] Ciascuna trasmissione spontanea deve essere registrata in un verbale.

STRUTTURA

I. Storia dell'origine ... 283
II. Classificazione della disposizione nel contesto della cooperazione penale internazionale ... 284
A. Caratteristica: eccezione al principio della richiesta ai sensi della legge sull'assistenza giudiziaria ... 284
B. Collocazione sistematica nella legge ... 285
C. Delimitazioni ... 286
1. Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale ... 286
a. Assistenza giudiziaria ordinaria in risposta a una richiesta straniera ... 286
b. Assistenza giudiziaria attiva da parte della Svizzera ... 287
2. Contesto esterno dell'assistenza giudiziaria ... 288
a. Assistenza amministrativa internazionale ... 288
b. Cooperazione internazionale di polizia ... 288
D. Basi giuridiche internazionali per la trasmissione non richiesta (assistenza giudiziaria) ... 289
1. Panoramica ... 289
2. Rapporto con l'art. 67a dell'AIMP ... 289
E. Rilevanza pratica dell'art. 67a AIMP ... 291
III. Contenuto normativo dell'art. 67a AIMP in dettaglio ... 292
A. Panoramica ... 292
1. Le forme di trasmissione non richiesta ai sensi dell'art. 67a AIMP sono le seguenti ... 292
a. In relazione all'oggetto della trasmissione: Informazioni o prove (non riservate) ... 292
b. In relazione alla (non) esistenza di una richiesta di assistenza giudiziaria: "forma anticipata" e "forma completata". ... 292
2. Autorità coinvolte ... 293
3. Generale: Definizioni ... 294
a. Informazioni e prove ... 294
b. Area segreta ... 296
4. L'art. 67a dell'AIMP come disposizione "di facoltà". ... 297
B. Validità dei requisiti e delle restrizioni dell'assistenza giudiziaria generale anche in caso di trasferimenti non richiesti ... 297
C. I due tipi di trasmissione ai sensi dell'art. 67a AIMP ... 298
1. Trasmissione non richiesta di prove (e informazioni) che non riguardano l'area segreta ... 299
a. Oggetto della trasmissione: prove (e informazioni) raccolte per un'indagine penale separata che non riguarda l'area segreta (cpv. 1). ... 299
b. Scopo della trasmissione: presunta idoneità in relazione a un futuro procedimento penale o a un'indagine penale in corso all'estero. ... 300

c. Requisito negativo: nessuna influenza sul procedimento penale svizzero (cpv. 2) ... 302
d. Base: trattato internazionale o consenso dell'Ufficio federale di giustizia. . 303
2. Trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area segreta ... 303
a. Oggetto della trasmissione: informazioni relative all'area segreta. ... 303
b. Scopo della trasmissione: presunta idoneità a presentare una richiesta di assistenza giudiziaria alla Svizzera ... 304
c. Ulteriori requisiti ... 305
3. Procedura per la trasmissione non richiesta ... 306
a. In generale ... 306
b. Rispetto del principio di specialità in particolare ... 306
c. Obbligo di documentazione ai sensi dell'art. 67a cpv. 6 AIMP ... 307
d. Diritto di essere ascoltati? ... 308
D. Protezione giuridica in relazione ai trasferimenti non richiesti ai sensi dell'art. 67a AIMP ... 309
1. Protezione giuridica (limitata) in Svizzera ... 309
2. Altre conseguenze giuridiche delle comunicazioni indesiderate illegali ... 310
Bibliografia ... 311
I Materiali ... 317

I. STORIA DELL'ORIGINE

Definito dall'allora Ministro della Giustizia Koller “un'importante innovazione nella legge sull'assistenza giudiziaria”, l'art. *67a* AIMP è entrato in vigore nel 1997. Il messaggio del Consiglio federale considerava la trasmissione non richiesta ai sensi della nuova disposizione come uno **strumento moderno nella lotta contro la criminalità organizzata** e la **criminalità transfrontaliera dei colletti bianchi**; l'obiettivo era quello di impedire l'abuso della piazza finanziaria svizzera come centro di smistamento a tale scopo. In considerazione del diffuso frazionamento dei reati tra i diversi Paesi, al fine di impedire il perseguimento penale della condotta in questione, sono state ritenute indispensabili (nuove) strategie ufficiali di contrasto, con particolare attenzione all'aumento dell'efficacia della cooperazione internazionale in materia di diritto penale. L'art. *67a* AIMP ha rappresentato un cambiamento di paradigma: La trasmissione non richiesta qui disciplinata si discosta dal principio della richiesta tipico del rapporto di assistenza giudiziaria internazionale, secondo il quale l'assistenza penale viene fornita esclusivamente su richiesta di uno Stato richiedente all'altro Stato richiesto. Se le informazioni e alcuni elementi di prova possono essere trasmessi a un altro Stato anche senza essere richiesti (senza domanda), ciò dovrebbe consentire alle autorità svizzere di svolgere un ruolo attivo per evitare che circostanze che potrebbero essere utili in un procedimento penale all'estero rimangano inutilizzate perché l'autorità competente del Paese non ne viene nemmeno a conoscenza. Inoltre, la creazione dell'art. *67a* AIMP mirava a poter stabilire il più rapidamente possibile le circostanze penalmente rilevanti in relazione ai reati internazionali. 1

L'art. *67a* AIMP **non è stato oggetto di controversie** durante i dibattiti parlamentari. Ad esempio, è stata criticata la mancanza di protezione legale in relazione alla trasmissione non richiesta: L'efficienza deve trovare un limite quando viene messo a repentaglio lo Stato di diritto. La disposizione minacciava di scardinare l'intera legge sull'assistenza giudiziaria, a causa della possibilità che concedeva di trasmettere a terzi informazioni provenienti dall'area segreta senza che ne venisse fatta richiesta. Alla fine, il Parlamento ha respinto la proposta avanzata durante le sue deliberazioni di limitare l'ambito di applicazione dell'art. *67a* AIMP ai reati gravi con implicazioni 2

internazionali, ma ha aggiunto il cpv. 6 (obbligo di registrare le trasmissioni non richieste).

3 La creazione di un'opzione di trasmissione non richiesta come strumento di assistenza giudiziaria deve essere vista nel contesto della **ratifica** da parte della Svizzera **della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato** dell'8 novembre 1990 (LRD) nel 1993. L'art. 10 dell'AMLA contiene una disposizione sulla "trasmissione di informazioni su richiesta". L'art. *67a* dell'AIMP è considerato la sua attuazione - di più ampia portata, soprattutto perché non si riferisce solo alle informazioni ma anche alle prove - nell'ambito del diritto nazionale.

4 Tuttavia, l'assistenza non richiesta da parte di autorità straniere non era un fenomeno nuovo quando è stato creato l'art. *67a* AIMP: da un lato, strumenti corrispondenti relativi alle informazioni erano **già** stati istituiti all'epoca **nel contesto della cooperazione di polizia** e, dall'altro, l'assistenza senza richiesta era **talvolta** fornita *praeter legem* (come "entraide sauvage").

II. CLASSIFICAZIONE DELLA DISPOSIZIONE NEL CONTESTO DELLA COOPERAZIONE PENALE INTERNAZIONALE

A. Caratteristica: eccezione al principio della richiesta ai sensi della legge sull'assistenza giudiziaria

5 La vera *ragion d'* essere dell'art. *67a* AIMP è l'autorizzazione all'assistenza penale svizzera all'estero senza una corrispondente richiesta preventiva: le autorità svizzere possono trasmettere all'estero informazioni e determinati elementi di prova "spontaneamente", ossia senza che esista una corrispondente richiesta estera di assistenza giudiziaria. L'assenza di una richiesta significa che *eo ipso* l'emissione di una sentenza definitiva che conclude il procedimento non si applica specificamente alle trasmissioni non richieste, poiché l'art. *80d* AIMP richiede esplicitamente una richiesta completa di tale sentenza. Di conseguenza, l'art. *67a* AIMP può essere visto in ultima analisi nel contesto degli strumenti della cosiddetta **assistenza giudiziaria dinamica**: Il loro denominatore comune è che, per ragioni di efficacia e di accelerazione, l'assistenza giudiziaria viene fornita allo Stato estero, come nel caso dell'art. *67a* AIMP, senza una sentenza definitiva o,

come ad esempio nel corso di una trasmissione anticipata ai sensi dell'art. *80d*bis AIMP, almeno prima che la sentenza definitiva diventi giuridicamente vincolante nel caso di una richiesta rivolta alla Svizzera.

La rinuncia a una richiesta di assistenza giudiziaria ha gravi conseguenze: 6

- Ad esempio, nel caso di una trasmissione non richiesta, non è possibile limitare l'oggetto della trasmissione alle **richieste** formulate nella domanda di assistenza giudiziaria, il che solleva dubbi in merito al principio di proporzionalità.
- Inoltre, è proprio la richiesta, in particolare attraverso l'esposizione dei fatti che l'accompagna (cfr. ad esempio l'art. 28 cpv. 3 lett. a AIMP), a costituire il punto di partenza per l'esame che lo Stato richiesto deve effettuare per verificare se sono soddisfatte le **condizioni per la concessione dell'assistenza giudiziaria** o se non vi sono ostacoli a tale assistenza.
- Infine, vi sono conseguenze di vasta portata per la **protezione giuridica** in relazione ai trasferimenti non richiesti: È proprio la sentenza definitiva - che non esiste nell'art. *67a* dell'AIMP - ad aprire il ricorso legale (preventivo) nel sistema dell'AIMP.

B. Collocazione sistematica nella legge

L'art. *67a* AIMP, in quanto disposizione della Parte terza della legge, si riferisce **esclusivamente all'assistenza legale "di altro tipo" ("minore")**. La consegna degli oggetti menzionati nella disposizione (prove e informazioni) è quindi una misura di assistenza giudiziaria possibile anche nell'ambito dell'assistenza giudiziaria "di altro tipo" (cfr. art. 63 AIMP: informazioni, atti procedurali consentiti dal diritto svizzero e altri atti ufficiali). Le altre forme di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (cfr. art. 1 cpv. 1 AIMP) non sono accessibili all'esecuzione non richiesta sulla base dell'art. *67a* AIMP: la Svizzera non può estradare senza esserne richiesta, né può assumere un procedimento penale per procura o eseguire una sentenza penale per procura senza una corrispondente richiesta. Tuttavia, è possibile che un trasferimento non richiesto dalla Svizzera ai sensi dell'art. *67a* AIMP possa dare origine a una successiva richiesta rivolta alla Svizzera (per quanto riguarda tutte le forme di assistenza giudiziaria). 7

C. Delimitazioni

1. Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale

a. Assistenza giudiziaria ordinaria in risposta a una richiesta straniera

8 Se la Svizzera fornisce assistenza giudiziaria internazionale in risposta a una richiesta che le è stata rivolta, non si tratta necessariamente di una trasmissione non richiesta, proprio a causa della richiesta in questione; è escluso il ricorso all'art. *67a* AIMP. Le specificità applicabili a questo proposito, ossia la tutela giuridica limitata, non si applicano. **Le autorità svizzere non hanno alcun diritto di scelta** al riguardo: Se un servizio di assistenza giudiziaria è oggetto di una richiesta, non possono trasmetterlo senza che venga richiesto. Tuttavia, un punto di contatto può sorgere se la richiesta di assistenza giudiziaria è stata presentata sulla base di una precedente trasmissione non richiesta (in particolare l'art. *67a* cpv. 5 AIMP). In questo caso, si può anche sostenere, contro la sentenza definitiva emessa nel procedimento ordinario di assistenza giudiziaria, che all'epoca non erano soddisfatte le condizioni per la trasmissione non richiesta.

9 In questo contesto, l'**interpretazione delle richieste di assistenza giudiziaria rivolte alla Svizzera in termini di contenuto o portata** è di fondamentale importanza nel contesto dell'art. *67a* AIMP. Il punto di partenza è il divieto di misure eccessive derivante dal principio di proporzionalità, secondo il quale non si può andare oltre le richieste formulate in una domanda. Tuttavia, nella pratica, la Svizzera interpreta le richieste che le vengono sottoposte in modo ampio, ossia generosamente a favore dello Stato richiedente, in base allo scopo dell'assistenza legale richiesta: Le richieste dovrebbero coprire qualsiasi assistenza, anche se non esplicitamente menzionata, che possa essere considerata potenzialmente significativa per l'altro Stato. Ciò significa non solo circostanze incriminanti per quanto riguarda la responsabilità penale secondo il diritto penale straniero, ma anche quelle che si presume abbiano un effetto scagionante rispetto alle accuse in corso. La prassi interpretativa ha quindi un effetto complessivamente restrittivo per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. *67a* AIMP.

In relazione alla distinzione tra assistenza legale fornita su richiesta e trasmissione non richiesta, occorre considerare **due casi particolari**: 10

- Non costituisce un atto di trasmissione non sollecitata il fatto che la Svizzera rinvii allo Stato richiedente una richiesta ad essa indirizzata per **migliorarla o completarla** (art. 78 cpv. 3 AIMP, art. 28 cpv. 6 AIMP) o la invii per interrogazione (art. *80o* AIMP): anche in questo caso si tratta di un collegamento con una richiesta, che esclude precisamente l'applicazione dell'art. *67a* AIMP.
- Sotto il titolo marginale "misure cautelari", l'Ufficio federale di giustizia è autorizzato, ai sensi dell'**art. 18 cpv. 2 AIMP**, a mantenere la situazione esistente in caso di pericolo imminente (in particolare per assicurare prove in pericolo) o a tutelare interessi giuridici minacciati, anche se non è ancora stata presentata una richiesta di assistenza giudiziaria, purché questa sia stata solo annunciata. Queste misure vengono annullate se l'altro Stato non presenta una richiesta entro il termine stabilito. Questo legame irrevocabile con una richiesta dimostra già che l'art. 18 cpv. 2 AIMP non è un caso di trasmissione non richiesta. Inoltre, la disposizione non conferisce in alcun caso l'autorità di fornire effettivamente assistenza legale, ma è finalizzata esclusivamente a garantirne la fornitura all'interno del Paese.

b. Assistenza giudiziaria attiva da parte della Svizzera

Eliminando la richiesta rivolta alla Svizzera, la trasmissione non richiesta non diventa assistenza giudiziaria attiva nel senso che la Svizzera richiederebbe assistenza giudiziaria dall'estero. L'**art.** *67a* **AIMP** è piuttosto un **caso particolare di assistenza giudiziaria passiva**: la Svizzera fornisce assistenza giudiziaria sulla base dell'art. *67a* AIMP, anche se non sulla base di una richiesta preventiva, che comporterebbe l'effettiva prestazione di assistenza. Pertanto, a differenza di una richiesta attiva di assistenza giudiziaria svizzera, la trasmissione non richiesta serve principalmente gli interessi dell'(altro) Stato che la riceve. In seguito alla trasmissione non sollecitata, l'altro Stato o non contatta la Svizzera, non avendo bisogno di ulteriore assistenza, o presenta una richiesta (regolare) di assistenza giudiziaria alla Svizzera in seguito alle informazioni ottenute con la trasmissione non sollecitata. 11

12 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale **, l'assistenza giudiziaria attiva richiesta dalla Svizzera esclude le (successive) trasmissioni non richieste**.

2. Contesto esterno dell'assistenza giudiziaria

a. Assistenza amministrativa internazionale

13 L'assistenza amministrativa è una forma di cooperazione transfrontaliera tra autorità che si distingue dall'assistenza giudiziaria e ha una rilevanza pratica diversa. In particolare, le procedure e la tutela giuridica sono organizzate in modo diverso in ciascun caso. La cooperazione in materia di assistenza amministrativa è occasionalmente menzionata in relazione all'art. *67a* AIMP, in particolare perché la disposizione si riferisce anche alle informazioni che vengono tipicamente trasmesse sulla base dell'assistenza amministrativa. Una trasmissione non richiesta di informazioni basata sull'art. *67a* AIMP ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP dovrebbe quindi essere definita una "trasmissione spontanea a titolo di assistenza amministrativa". Tuttavia, questa osservazione dogmatica non può cambiare il fatto che le **trasmissioni non richieste ai sensi dell' art. *67a* AIMP** sono almeno fondamentalmente regolate **dai principi del diritto dell'assistenza legale** in considerazione del luogo di regolamentazione legale. Ad esempio, la tutela giuridica in relazione all'art. *67a* AIMP - nella misura in cui esiste - è generalmente esercitata in prima istanza dal Tribunale penale federale, in quanto istanza competente in materia di assistenza giudiziaria, e non dal Tribunale amministrativo federale, che di solito si occupa di assistenza amministrativa.

b. Cooperazione internazionale di polizia

14 L'art. *67a* dell'AIMP disciplina i trasferimenti non richiesti effettuati dalle autorità giudiziarie, che non includono le autorità di polizia in questo contesto. Tuttavia, le **basi giuridiche di specifiche** cooperazioni **di polizia** rilevanti per la loro cooperazione nelle relazioni internazionali **contengono** talvolta **anche disposizioni sui trasferimenti senza preventiva richiesta**. Esempi di accordi bilaterali sono l'articolo 11 del Trattato di polizia svizzero-tedesco ("Trasmissione di informazioni senza richiesta") o l'articolo 11 dell'Accordo tra il Consiglio federale svizzero e la Repubblica francese sulla cooperazione transfrontaliera in materia giudiziaria, di polizia e doganale ("Cooperazione non richiesta", riguardante le informazioni). Anche l'art. 46

del Codice Civile fornisce una base giuridica per la condivisione internazionale di informazioni senza richiesta nel contesto della cooperazione di polizia.

D. Basi giuridiche internazionali per la trasmissione non richiesta (assistenza giudiziaria)

1. Panoramica

Oltre alla base del diritto nazionale svizzero ai sensi dell'art. 67*a* AIMP , le disposizioni relative alla trasmissione di assistenza giudiziaria senza richiesta preventiva si **trovano anche nei trattati internazionali**. L'articolo 11 del Secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2001 ("Informazioni trasmesse senza richiesta") è di particolare rilevanza per l'assistenza giudiziaria europea. Inoltre, devono essere rispettati i trattati bilaterali di assistenza giudiziaria che la Svizzera ha concluso - come trattati complementari alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria (EMA) o al di fuori dello spazio giuridico europeo (ad esempio con il Messico o il Brasile). Anche i trattati internazionali specifici possono contenere disposizioni di assistenza giudiziaria corrispondenti (ad esempio, l'art. 10 ARC in relazione alla lotta contro il riciclaggio di denaro o l'art. 46 cpv. 4, cpv. 5 UNCAC in relazione alla lotta contro la corruzione). Nel rapporto di assistenza giudiziaria tra la Svizzera e l'Unione europea si verifica quindi un trasferimento senza richiesta di prove e informazioni. 15

2. Rapporto con l'art. *67a* dell'AIMP

L'esistenza di disposizioni di trattati internazionali sui trasferimenti non richiesti richiede anche di **stabilire quando le autorità svizzere debbano fare affidamento su di esse nei singoli casi per una prevista prestazione di assistenza giudiziaria senza richiesta** e quando invece si debba agire contro di esse ai sensi dell'art. *67a* AIMP. È inoltre discutibile se la Svizzera possa fare affidamento sull'art. *67a* AIMP nell'assistenza giudiziaria contrattuale se il trattato internazionale in questione non disciplina la trasmissione non richiesta. 16

Il punto di partenza è l'art. 1 cpv. 1 AIMP: in base alla generale **prevalenza del diritto internazionale sul diritto nazionale** nel diritto svizzero, l'AIMP 17

si applica solo nella misura in cui "gli accordi internazionali non dispongano diversamente". In base alle regole generali, un trasferimento non richiesto è quindi regolato in primo luogo da tutte le disposizioni di trattati internazionali esistenti di natura autoesecutiva che sono rilevanti per l'assistenza giudiziaria con lo Stato in questione. Tuttavia, l'art. *67a* AIMP è rilevante anche nella pratica dell'assistenza giudiziaria nelle relazioni contrattuali:

- Da un lato, le disposizioni dei trattati internazionali relative alla trasmissione non richiesta contengono **riferimenti al diritto nazionale**, il che significa che anche l'art. *67a* AIMP è rilevante. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, una riserva esplicita di questo tipo non è necessaria: se i trattati internazionali contengono semplici **disposizioni di "possibilità"** per i trasferimenti non richiesti, non è possibile fornire assistenza reciproca (più permissiva) sulla base di tali disposizioni che vada oltre il diritto nazionale. Nel complesso, l'art. *67a* AIMP concretizza quindi le disposizioni del diritto internazionale, anche se più restrittive in singoli casi.
- In relazione all'applicazione dell'art. *67a* AIMP, la giurisprudenza fa riferimento anche al **principio di favore nell'ambito del diritto dell'assistenza giudiziaria**, secondo il quale l'AIMP si applica anche nel caso di assistenza giudiziaria basata su trattati se "il diritto nazionale svizzero pone requisiti meno severi in materia di assistenza giudiziaria". In concreto, ciò significa in particolare un'estensione degli strumenti di assistenza giudiziaria disponibili su base contrattuale in casi individuali per includere le possibilità previste dal diritto nazionale. Per quanto riguarda l'assistenza giudiziaria svizzero-ucraina, il Tribunale federale ha espressamente collegato l'art. *67a* AIMP a considerazioni di favore: Pertanto, l'art. *67a* AIMP - in conformità con il principio stesso del favor rei - mira a fungere da base giuridica per la trasmissione non richiesta di informazioni e prove a tutti gli Stati che non sono legati alla Svizzera da un trattato con uno standard equivalente. Poiché all'epoca l'assistenza giudiziaria tra la Svizzera e l'Ucraina si svolgeva solo sulla base dell'UNCLOS, che a sua volta non contiene alcuna disposizione sulla trasmissione non richiesta, il Tribunale federale ha ritenuto legittimo il ricorso supplementare all'art. *67a* AIMP. In base al principio del favor rei, l'art. *67a* AIMP entra quindi in gioco se il trattato applicabile non contiene

alcuna disposizione o ne contiene una meno ampia, cioè meno permissiva, in merito all'ammissibilità di un trasferimento non richiesto.

Il principio di favore nell'ambito del diritto dell'assistenza legale è ora oggetto di critiche in letteratura. In generale, la facilitazione della più ampia assistenza legale possibile - in considerazione degli interessi individuali spesso contrastanti che devono essere presi in considerazione anche nei procedimenti penali internazionali basati sulla divisione dei compiti - è considerata unilaterale e dovrebbe essere respinta. In particolare, in relazione alla trasmissione non richiesta, viene sottolineata in modo convincente la motivazione intrinseca alla tutela dell'individuo di cui all'art. 67a*cpv.* 3 AIMP (requisito della base pattizia o del consenso dell'Ufficio federale di giustizia), che richiede appunto un confronto con il diritto nazionale, ad esempio per quanto riguarda l'ambito di applicazione. Rispetto al diritto nazionale, ad esempio per quanto riguarda l'ambito di applicazione o i mezzi di trasmissione, è necessario applicare una disposizione più restrittiva del trattato per quanto riguarda la trasmissione non richiesta senza consentire l'assistenza legale (non richiesta) tramite l'art. *67a* AIMP.

E. Rilevanza pratica dell'art. *67a* AIMP

Grazie all'obbligo imposto dal Tribunale federale alle autorità svizzere che prestano assistenza giudiziaria non richiesta di informare l'Ufficio federale di giustizia, che è l'autorità di vigilanza sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (cfr. art. 3 AIMP), di tutta l'assistenza giudiziaria prestata sulla base dell'art. *67a* AIMP, è disponibile materiale statistico sulla rilevanza pratica dell'art. *67a* AIMP: Mentre nel 2023 sono stati elencati 117 casi, nel 2022 la cifra era di 128 e nel 2021 di 116. Il **massimo precedente** è stato raggiunto **nel 2020 con 168 trasmissioni non richieste**. 18

Per quanto si evince dalla giurisprudenza disponibile, la prassi si basa esclusivamente sull'art. *67a* AIMP per **trasmettere all'estero informazioni relative all'area segreta senza che venga richiesto** (cpv. 5). Al contrario, la possibilità contenuta nella disposizione di trasmettere prove non relative all'area segreta (cpv. 1, 4) non sembra essere utilizzata. 19

III. CONTENUTO NORMATIVO DELL'ART. *67A* AIMP IN DETTAGLIO

A. Panoramica

20 La fornitura di assistenza penale internazionale da parte della Svizzera richiede una base giuridica, in particolare in considerazione della sua **rilevanza per i diritti individuali**, ma anche a causa del **segreto d'ufficio** che vincola le autorità (penali) svizzere ed **è punibile ai sensi dell'art. 320 CP**. L'art. *67a* AIMP regolamenta, in base al diritto nazionale, quando e quale assistenza legale può essere fornita a Paesi stranieri senza una richiesta da parte della Svizzera e consente quindi alle autorità coinvolte di rivelare deliberatamente il segreto d'ufficio.

1. Le forme di trasmissione non richiesta ai sensi dell'art. *67a* AIMP sono le seguenti

a. In relazione all'oggetto della trasmissione: Informazioni o prove (non riservate)

21 L'art. *67a* AIMP prevede una differenziazione tra prove e informazioni. Entrambe le categorie possono in linea di principio essere oggetto di una trasmissione non richiesta, ma sono trattate in modo diverso dalla legge: Se **l'area segreta è interessata**, le **prove**, a differenza delle informazioni, per le quali ciò è possibile in linea di principio, **non possono in alcun casoessere divulgate sulla base dell'art.** *67a* **AIMP** (cfr. cpv. 4 e 5).

b. In relazione alla (non) esistenza di una richiesta di assistenza giudiziaria: “forma anticipata” e “forma completata”.

22 A seconda che la trasmissione non richiesta da parte della Svizzera **avvenga parallelamente a una richiesta di assistenza giudiziaria** che lo Stato in questione ha inviato alla Svizzera o meno (indipendentemente), si distingue tra una “forma complémentaire” (che integra una richiesta) e una “forma anticipée” (che anticipa una richiesta):

- Secondo la definizione del Tribunale federale, la “**forma anticipata**” si riferisce a trasmissioni non richieste che avvengono indipendentemente da un procedimento di assistenza giudiziaria (“indépendamment de toute

procédure d'entraide") e che possono portare alla presentazione di una richiesta di assistenza giudiziaria (cfr. art. *67a* cpv. 5 AIMP).

- In base alla "**forma complementare**", possono essere trasmesse informazioni che non sono richieste nella richiesta - anche sulla base di un'interpretazione ampia nella pratica - o che riguardano una questione non contemplata nella richiesta, ma che le autorità svizzere ritengono idonea a far progredire il procedimento nello Stato richiedente. In questo senso, l'esistenza di una richiesta di assistenza giudiziaria non preclude *ipso facto* il ricorso all'art. *67a* AIMP. Questa integrazione delle richieste di assistenza giudiziaria pendenti rivolte alla Svizzera con trasmissioni non richieste attraverso la "forma complémentaire" relativizza, così come l'interpretazione estensiva della richiesta, la limitazione fondamentale dell'assistenza giudiziaria richiesta alle richieste formulate nella richiesta stessa (divieto di overreaching). Nello scenario della coesistenza di un procedimento di assistenza legale ordinaria su richiesta e di una trasmissione non richiesta attraverso la "forma complémentaire", la base su cui è stata fornita una particolare assistenza deve essere assegnata in ogni caso, poiché la protezione legale è stata specificamente organizzata in relazione all'art. *67a* AIMP. Tuttavia, si fa giustamente riferimento al significato puramente marginale della "forma complementare" ai sensi dell'art. *67a* AIMP a causa dell'ampia interpretazione delle richieste di assistenza legale rivolte alla Svizzera.

2. Autorità coinvolte

Le **Procure e il Ministero pubblico della Confederazione** sono i **principali** autorizzati a presentare richieste non sollecitate ai sensi dell'art. *67a* AIMP. La letteratura, come il messaggio del Consiglio federale, si riferisce più ampiamente alle autorità giudiziarie penali svizzere, sebbene siano menzionati anche i tribunali (penali). Tuttavia, la polizia o le autorità amministrative non possono agire ai sensi dell'art. *67a* AIMP. L'assistenza ai sensi dell'art. *67a* AIMP deve essere fornita - conformemente alla base giuridica applicabile in ogni singolo caso in relazione allo Stato assistito - all'autorità alla quale l'autorità svizzera si sarebbe rivolta se fosse stata contattata nella questione in oggetto mediante una richiesta di assistenza giudiziaria. 23

3. Generale: Definizioni

a. Informazioni e prove

24 Oltre all'art. 10 CRA, l'art. *67a* AIMP include non solo le informazioni come oggetto di una possibile trasmissione non richiesta, ma anche le prove; si tratta di una **specificità svizzera**.

25 Anche se la prassi sembra concentrarsi sulla trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area segreta, la distinzione dal concetto di prova si rivela centrale per la gestione dell'art. *67a* AIMP, in quanto la capacità di trasmettere è stata oggetto di diverse regolamentazioni *de lege lata* (esclusione per le prove, ma non per le informazioni, art. *67a* cpv. 4, 5 AIMP se è interessata l'area segreta). Una trasmissione non richiesta da parte di un'autorità svizzera deve quindi determinare se l'oggetto della trasmissione è effettivamente un'informazione. Ciò contrasta con una certa incertezza nella pratica per quanto riguarda la concretizzazione sostanziale della coppia di termini. Secondo la giurisprudenza consolidata, non è importante il tipo di approvvigionamento in Germania, ma il **possibile utilizzo nello Stato che riceve la trasmissione non richiesta**. La Corte Suprema Federale considera "délicat" l'elaborazione di definizioni generali, poiché i contorni dei termini potrebbero sovrapporsi e la differenza è di natura graduale piuttosto che fondamentale. Il fatto che si tratti di informazioni o di prove deve quindi essere deciso caso per caso. Secondo la giurisprudenza, le prove sono caratterizzate dal fatto che si può presumere che lo Stato straniero - a causa della loro natura, dell'elevato livello di dettaglio o del loro carattere ufficiale - possa utilizzarle direttamente a fini probatori o basare un'accusa su di esse.

26 Anche nella giurisprudenza del Tribunale penale federale esiste un approccio basato su considerazioni sistematiche, secondo cui **le norme procedurali** dovrebbero essere utilizzate come **guida** - in alternativa - per la concretizzazione del concetto di prova: In Svizzera, si tratterebbe quindi di verbali di interrogatorio, registrazioni di videoconferenze e conferenze telefoniche (art. 144 CPP), rapporti scritti ai sensi dell'art. 145 CPP (anziché interrogatori), perizie (art. 185 CPP) e registrazioni di ispezioni (art. 193 cpv. 3 CPP), elementi di prova ai sensi dell'art. 192 CPP, rapporti e informazioni ai sensi dell'art. 195 CPP e fascicoli consultati in base all'art. 194 CPP. Le informazioni ("semplici informazioni"), invece, sono definite negativamente come tutti i dati a disposizione dell'autorità giudiziaria che non possono

essere equiparati a prove o non possono essere utilizzati come tali; si parla anche di pre-prove.

L'esame del concetto di prova nel diritto processuale penale svizzero, in particolare, è foriero di un certo potenziale di fraintendimenti: La questione che si pone in relazione all'art. *67a* AIMP è **se un oggetto di trasmissione possa costituire una prova in un procedimento***straniero*. Tuttavia, le autorità svizzere generalmente non esaminano le norme procedurali pertinenti dello Stato che riceve la trasmissione non richiesta. Invece, il canone di criteri sopra descritto - che si basa sempre su una comprensione preliminare del diritto svizzero, non solo quando i termini del CPP sono esplicitamente inclusi - viene utilizzato almeno come punto di riferimento per la differenziazione tra prove e informazioni. 27

Esempi di qualificazioni esplicite da parte della giurisprudenza: 28

- "Documentazione bancaria" ai sensi dell'art. 47 LBCR (in particolare estratti conto e corrispondenza bancaria): prova (riservata)
- Riferimento all'esistenza di un conto bancario, con indicazione del nome del titolare e del beneficiario effettivo: informazione (relativa all'area segreta)
- Riferimento a un contratto in relazione a un sospetto comportamento criminale, ruolo della persona accusata in Svizzera a tale riguardo, esistenza di conti, compresi quelli dei suoi familiari, presso banche svizzere nominate: (Informazioni relative all'area segreta)
- Tabella ("résumé synoptique") con i nomi delle persone accusate in procedimenti penali svizzeri, i numeri dei casi e le informazioni sulla data di nascita, le attività professionali, lo stato civile e il numero della carta d'identità, il numero del conto bancario, le eventuali persone autorizzate, gli importi detenuti nei conti ed eventuali commenti sul congelamento dei beni: (Informazioni relative all'area classificata)
- Sintesi dei risultati di un'indagine penale svizzera che include, ad esempio, il nome di una persona che detiene l'usufrutto di società e i cui conti sono stati bloccati nel corso dell'indagine, nonché l'ubicazione dei conti senza recapito esatto: (Informazioni classificate)
- Rapporto MROS che menziona una relazione bancaria: Informazione

- Informazioni sull'apertura di un procedimento penale in Svizzera: Informazioni
- Fotografie di oggetti archeologici rinvenuti in Svizzera: (Informazione presunta)
- Protocolli di interrogatorio: prove

29 La tradizionale distinzione tra prove e informazioni basata sulla "nature des éléments à transmettre" per quanto riguarda il procedimento all'estero, ma con il ricorso a concetti svizzeri, è stata **giustamente criticata nella nuova letteratura**.

b. Area segreta

30 L **'art.*67a* AIMP** fa riferimento al concetto di area segreta **nei paragrafi 4 e 5** e definisce quindi in modo più dettagliato l'oggetto delle trasmissioni non richieste ammissibili: le prove relative all'area segreta - a differenza delle informazioni (paragrafo 5) - non possono essere trasmesse non richieste (paragrafo 4).

31 La legge non specifica cosa si intenda per area segreta in relazione all'art. *67a* AIMP. Solo l'art. 9 AIMP fa una dichiarazione generale sulla "protezione dell'area segreta": questa si basa sul diritto di rifiutare di testimoniare (nell'ambito della procedura penale, cfr. art. 12 cpv. 1 frase 2 AIMP), per cui gli artt. 246-248 CPP si applicano mutatis mutandis alla ricerca di documenti e alla sigillatura dei documenti. Con riferimento ai materiali, la maggior parte della letteratura presume che l'ambito del segreto ai sensi dell'art. *67a* AIMP **sia più ampio di quello dell'art. 9 AIMP** e comprenda tutti i segreti giuridicamente protetti. Ciò corrisponde all'opinione del relatore durante le deliberazioni parlamentari, secondo cui l'area del segreto in questo contesto è protetta da disposizioni costituzionali, civili e penali, per cui, oltre alla protezione dei segreti di procedura penale, sono coperti in particolare il segreto industriale, commerciale e bancario.

32 Questo punto di vista è prevalso anche nella giurisprudenza, con il **segreto bancario al centro dell'attenzione**.

4. L'art. *67a* dell'AIMP come disposizione "di facoltà".

La trasmissione non richiesta non è automatica, ma è a **discrezione delle autorità svizzere (** disposizione "può"). Tale discrezionalità deve essere esercitata nel rispetto dei principi generali. In relazione all'esercizio del potere discrezionale, la giurisprudenza e la letteratura sottolineano in particolare, in relazione all'art. *67a* AIMP, con riferimento alle dichiarazioni contenute nel messaggio del Consiglio federale, la necessità fondamentale di moderazione nell'applicazione della disposizione al fine di evitare l'elusione delle norme sull'assistenza giudiziaria, in particolare le denunce o un flusso incontrollato di informazioni verso altri Stati. Inoltre, la decisione di effettuare trasferimenti non richiesti è co-determinata dall'art. *67a* cpv. 2 dell'AIMP, in base al quale viene generalmente data priorità al procedimento (penale) svizzero nell'ambito del quale vengono raccolti gli elementi potenzialmente da trasferire. 33

B. Validità dei requisiti e delle restrizioni dell'assistenza giudiziaria generale anche in caso di trasferimenti non richiesti

Pur essendo un caso particolare, un trasferimento non richiesto costituisce un'assistenza giudiziaria "minore" fornita dalla Svizzera a uno Stato estero. Ne consegue che le **condizioni e i limiti generalmente applicabili** a tale assistenza **devono essere presi in considerazione anche per quanto riguarda l'applicazione dell'art.** *67a* **AIMP**, nella misura in cui la disposizione non se ne discosti come *lex specialis*. Ciò è particolarmente necessario per quanto riguarda l'art. *67a* cpv. 5 dell'AIMP, in quanto la trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area segreta ha lo scopo di facilitare una richiesta di assistenza giudiziaria da parte dell'altro Stato: tuttavia, se vi sono ostacoli prevedibili già dall'inizio, è vietato - senza uno scopo realizzabile - trasmettere informazioni non richieste. 34

Sono rilevanti i **trattati internazionali** che possono essere applicabili alle condizioni generali e ai limiti dell'assistenza giudiziaria e, a seconda dei casi, le **disposizioni dell'AIMP**. Per quest'ultima, in particolare, un caso penale deve essere sostenuto all'estero (cfr. art. 1 cpv. 3 AIMP) e non devono sussistere motivi di esclusione ai sensi dell'art. 2 AIMP (procedimento inadeguato nell'altro Stato, in particolare per quanto riguarda la situazione dei diritti umani) e dell'art. 3 AIMP (cpv. 1: reato politico e militare, cpv. 3: reato 35

fiscale). Inoltre, un trasferimento non richiesto non è consentito se il procedimento penale è caduto in prescrizione e se è rilevante il diritto svizzero o straniero (art. 5 AIMP). Questioni di reciprocità si pongono anche in relazione all'art. *67a* AIMP (art. 8 AIMP).

36 Le deroghe ai principi generali che si applicano specificamente all'art. *67a* AIMP sono, da un lato, la rinuncia a una richiesta di assistenza giudiziaria rivolta alla Svizzera, tipica dei trasferimenti non richiesti, e, dall'altro, il **requisito della doppia incriminazione** secondo la giurisprudenza. L'AIMP lo richiede per l'assistenza giudiziaria "minore" ai sensi dell'art. 64 cpv. 1 AIMP, se vengono richieste misure che richiedono una coercizione procedurale in Svizzera: In questo caso, è necessario che l'atto perseguito all'estero (in via ipotetica) abbia le caratteristiche oggettive di un reato punibile secondo il diritto svizzero. L'argomentazione del Tribunale federale a favore dell'esonero dalla responsabilità penale reciproca in relazione alla trasmissione non richiesta si basa sul fatto che l'oggetto della trasmissione è già stato "raccolto dalle autorità svizzere per le proprie indagini penali" (art. *67a* cpv. 1 AIMP), per cui non vi è alcuna coercizione da legittimare in modo particolare attraverso l'assistenza giudiziaria, che a sua volta è legata all'art. 64 AIMP.

37 In generale, l'assenza di una richiesta in caso di trasferimenti non richiesti renderà probabilmente più difficile nella pratica la verifica delle condizioni generali e dei limiti dell'assistenza giudiziaria, poiché le autorità svizzere, che ne sono responsabili, dispongono di minori elementi di prova - in particolare per quanto riguarda i procedimenti penali da sostenere nello Stato che riceve l'assistenza. Tuttavia, ciò non modifica il **principio** generale **di indagine** applicabile ai procedimenti di assistenza giudiziaria svizzera (passiva), che deve essere rispettato. Le autorità svizzere che trasmettono informazioni senza richiesta sulla base dell'art. *67a* AIMP sono tenute a prestare particolare attenzione alla valutazione dell'ammissibilità.

C. I due tipi di trasmissione ai sensi dell'art. *67a* AIMP

38 L'art. *67a* AIMP prevede due tipi fondamentali di trasmissione non richiesta, a seconda che **l'area segreta sia interessata o meno**:

- **Area segreta non interessata**: il cpv. 1 e il cpv. 4, integrati dal cpv. 2, dal cpv. 3 e dal cpv. 6, costituiscono la *sedes materiae*. L'oggetto della

trasmissione può essere da un lato una prova - secondo la formulazione dell'art. *67a* cpv. 1 AIMP - e dall'altro un'informazione per analogia.

- **Area segreta interessata**: il punto di partenza è costituito dai cpv. 5 e 4, integrati dal cpv. 1 relativo alla provenienza dell'oggetto della trasmissione, nonché dai cpv. 2 e 6. *A priori*, possono essere trasmesse solo informazioni, ma non prove.

1. Trasmissione non richiesta di prove (e informazioni) che non riguardano l'area segreta

a. Oggetto della trasmissione: prove (e informazioni) raccolte per un'indagine penale separata che non riguarda l'area segreta (cpv. 1).

Se l'area segreta non è interessata, sia le **prove** che - *praeter verba legis* - le **informazioni** possono essere trasmesse non richieste. 39

L'art. *67a* cpv. 1 dell'AIMP impone una restrizione per quanto riguarda la **provenienza legale dell'oggetto della trasmissione** . In assenza concettuale di una richiesta di assistenza giudiziaria, questa non può essere stata fornita in Svizzera sulla base della legislazione in materia di assistenza giudiziaria. Per questo motivo, la legge fa riferimento alle indagini penali condotte dalla Svizzera: Ciò che viene raccolto in questo contesto può, in linea di principio, essere trasmesso dalle autorità svizzere allo Stato estero senza che venga richiesto sulla base dell'art. *67a* AIMP. 40

Per quanto riguarda i requisiti per questa procedura, che in Svizzera è un prerequisito e da cui derivano gli oggetti da trasmettere ai sensi dell'art. *67a* AIMP, dopo una modifica della prassi nel 2014, l **'apertura di un procedimento d'indagine ai sensi dell'art. 67a A**IMP **non** è più necessaria **. 309 del Codice di procedura penale non è più richiesto come prerequisito indispensabile**: il Tribunale federale ha invece ritenuto sufficiente che un pubblico ministero svizzero sia stato legittimamente coinvolto sulla base di una segnalazione dell'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (Money Laundering Reporting Office Switzerland, MROS) ai sensi dell'art. 23 cpv. 4 lett. b LRD e che vi fossero sufficienti sospetti di reato, in modo da poter trasmettere il contenuto di tale segnalazione, anche se ciò non ha comportato un ordine di apertura ai sensi del CPP. Nonostante la formulazione dell'art. *67a* cpv. 1 AIMP, che di fatto suggerisce l'apertura di un'indagine in Svizzera, è stato sostenuto che non è 41

necessario aprire un'indagine in Svizzera, in particolare perché l'interesse svizzero a perseguire il reato non è preminente nel contesto dell'art. *67a* AIMP. Lo scopo principale è piuttosto quello di promuovere l'avvio o lo svolgimento del procedimento penale estero.

42 Anche se un ordine di apertura in senso tecnico non è necessario, l'Ufficio federale di giustizia sostiene che la Svizzera può trasmettere informazioni senza esserne richiesta solo se la **giurisdizione penale svizzera**, intesa come applicazione territoriale del diritto penale svizzero, esiste **almeno in linea di principio**. Va da sé, inoltre, che il procedimento penale intrapreso in Svizzera, a prescindere dallo stadio raggiunto nel procedimento preliminare, non deve essere un mero pretesto per poter effettuare una trasmissione non richiesta ("réelle et sérieuse").

43 Il Tribunale federale non vuole impedire un trasferimento non sollecitato se **la raccolta dell'oggetto del trasferimento in Svizzera è stata illegale**, ossia non conforme alle proprie esigenze: per quanto riguarda l'illegalità specifica delle prove raccolte in Svizzera - e quindi la loro eventuale inutilizzabilità - questa deve essere fatta valere nel procedimento straniero al quale la Svizzera contribuisce con il trasferimento non sollecitato. Secondo l'opinione qui espressa, questo trasferimento al procedimento sostenuto dalla Svizzera può talvolta rivelarsi problematico per le persone interessate dalla divisione internazionale del lavoro nel perseguimento penale. Ovviamente, ciò avviene soprattutto se nello Stato che conduce il procedimento penale originario non vi è la possibilità di contestare le carenze della raccolta svizzera dell'oggetto della trasmissione non richiesta.

b. Scopo della trasmissione: presunta idoneità in relazione a un futuro procedimento penale o a un'indagine penale in corso all'estero.

44 Ai sensi dell'art. *67a* cpv. 1 AIMP, la trasmissione non richiesta di informazioni non riservate può avvenire se, secondo l'autorità svizzera che interviene, è idonea ad **avviare un procedimento penale** nello Stato che riceve l'assistenza giudiziaria (lett. a) **o ad agevolare un'indagine penale in corso all'estero** (lett. b).

45 Il fatto che una trasmissione non richiesta rientri nella lett. a o nella lett. b dell'art. *67a* cpv. 1 AIMP per quanto riguarda lo scopo è irrilevante, poiché la legge non distingue tra le due varianti. Anche la distinzione concettuale tra

"procedimento penale" (lett. a) e "indagine penale" (lett. b) non ha alcuna conseguenza; l'unico fattore decisivo è che il procedimento estero sostenuto (in corso o pendente) sia di natura **penale ai sensi dell'art. 1 cpv. 3 AIMP** .

L'avvio di un procedimento penale all'estero comporta anche l'ampliamento del contenuto di un procedimento già in corso. Per quanto riguarda l'agevolazione del procedimento penale ai sensi dell'art. *67a* cpv. 1 lett. b AIMP, essa può consistere nel mettere lo Stato estero in condizione di presentare **alla Svizzera** una **richiesta di assistenza giudiziaria** , come previsto dall'art. *67a* cpv. 5 AIMP come (unico) scopo della trasmissione per quanto riguarda le informazioni relative al settore segreto. 46

Anche le circostanze a discarico possono essere oggetto di una trasmissione non richiesta. Ai sensi dell'art. *67a* cpv. 1 lett. b AIMP, possono anche facilitare un'indagine penale all'estero. 47

Come ogni misura di assistenza giudiziaria, le trasmissioni non richieste devono sempre risultare **complessivamente proporzionate** - in considerazione dello scopo legale della trasmissione di avviare un procedimento o di facilitare un'indagine all'estero - anche se l'art. *67a* cpv. 1 AIMP menziona espressamente il criterio dell'idoneità solo come primo elemento del principio di proporzionalità. Il fatto che un trasferimento non richiesto manchi per definizione di una richiesta come punto di partenza per le considerazioni sulla proporzionalità (divieto di sproporzione) non legittima un'applicazione complessivamente sproporzionata dell'art. *67a* AIMP. Alla luce del principio di proporzionalità, un'applicazione dell'art. *67a* AIMP senza un collegamento tra i documenti da inviare e il reato perseguito o da perseguire risulterebbe inammissibile in questo senso. Inoltre, l'assistenza giudiziaria deve essere concepita per tutelare il più possibile i diritti individuali (necessità) e deve essere ragionevole per tutte le parti coinvolte sulla base di una ponderazione completa degli interessi. In letteratura, il principio di proporzionalità viene talvolta utilizzato anche per derivare una restrizione dell'art. *67a* AIMP ai reati gravi, comunque definiti, in conformità agli sforzi falliti in tal senso nel corso dell'attività legislativa e, a quanto risulta, non ancora ripresi dalla giurisprudenza. A prescindere dalla possibilità di definire *de lege lata* un catalogo esaustivo di reati stranieri in questo senso, rispetto ai quali i trasferimenti non richiesti sono ritenuti ammissibili, sembra essenziale che la gravità delle accuse in questione, al cui trattamento la Svizzera vuole contribuire attraverso il trasferimento di circostanze 48

incriminanti e discolpanti con il ricorso all'art. *67a* AIMP, faccia parte del test generale di proporzionalità.

c. Requisito negativo: nessuna influenza sul procedimento penale svizzero (cpv. 2)

49 L'art. *67a* AIMP stabilisce i requisiti relativi al rapporto tra un trasferimento non richiesto e il procedimento (penale) svizzero nell'ambito del quale sono stati raccolti gli oggetti del trasferimento, affermando che il primo non ha alcuna influenza sul secondo. Il Tribunale federale vede il messaggio principale di questa formulazione, di non facile comprensione, nel fatto che l'assistenza giudiziaria (o il procedimento di assistenza giudiziaria) e qualsiasi procedimento penale svizzero basato sugli stessi fatti "**sono in linea di principio indipendenti l'uno dall'altro**". Questo significa due cose:

- Da un lato, esprime il fatto che una trasmissione non richiesta a un Paese straniero **non ha** o non dovrebbe avere *eo ipso* **conseguenze per i procedimenti penali in Svizzera** - come in particolare una sospensione, la rinuncia all'esercizio della propria pretesa penale o un cambio di giudice.
- D'altro canto, la letteratura trae dall'art. *67a* cpv. 2 un requisito per la gestione del potere discrezionale insito nell'art. *67a* AIMP ("può [...] trasmettere") per quanto riguarda la necessità di effettuare o meno una trasmissione non richiesta allo Stato estero: Tale trasmissione non dovrebbe essere effettuata se **compromette il successo dell'indagine in Svizzera**. Ciò si riferisce in particolare alla situazione in cui le misure di sorveglianza segreta (art. 269 e segg. CPP) sono ancora in corso in Svizzera. Il fatto che le autorità penali svizzere non vanifichino il proprio procedimento fornendo volontariamente assistenza giudiziaria è, in linea di principio, ovvio in termini di procedura penale, in quanto la scelta della condotta fattualmente necessaria dell'indagine è a discrezione del pubblico ministero e deve essere gestita in conformità con i suoi compiti (art. 16 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 6 cpv. 1 CPP). Anche l'art. *67a* cpv. 2 AIMP stabilisce questa priorità del procedimento (penale) proprio del pubblico ministero per il diritto di assistenza giudiziaria. Per l'interessato, tuttavia, una disposizione dell'art. *67a* AIMP così intesa e riferita al procedimento (penale) svizzero è svantaggiosa, in quanto comporta il rischio che il trasferimento non richiesto di circostanze *a discarico*

all'estero possa fallire - almeno per un certo periodo di tempo - a causa della pretesa penale svizzera. Per evitare risultati unilaterali, è necessaria una ponderazione aperta degli interessi, tenendo conto dell'importanza del procedimento svizzero.

Tuttavia, l'art. *67a* cpv. 2 non esclude che la Svizzera possa decidere **in un secondo momento,** sulla base di un procedimento straniero supportato da una trasmissione non richiesta, di **chiedere all'altro Stato di perseguire per suo conto** e di rinunciare al proprio procedimento in Svizzera. 50

d. Base: trattato internazionale o consenso dell'Ufficio federale di giustizia.

Descritta dal messaggio del Consiglio federale come una restrizione, la trasmissione di prove ai sensi dell'art. *67a* AIMP a uno Stato con il quale non esiste un trattato internazionale che preveda il trasferimento non sollecitato richiede il **consenso (preventivo) dell'Ufficio federale di giustizia**. 51

2. Trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area segreta

a. Oggetto della trasmissione: informazioni relative all'area segreta.

L'art. *67a* cpv. 5 dell'AIMP disciplina la trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area classificata. Questa è consentita **solo per le informazioni**: Sebbene l'art. *67a* cpv. 4 dell'AIMP si limiti a escludere le prove relative all'area segreta dalla trasmissione non richiesta ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. *67a* AIMP, poiché anche l'art. *67a* cpv. 5 dell'AIMP non menziona tali prove, non esiste alcuna base giuridica *e contraria* per la loro trasmissione non richiesta. Pertanto, può essere trasmessa a un Paese straniero solo nell'ambito di un procedimento ordinario di assistenza giudiziaria avviato in risposta a una richiesta in tal senso. L'art. *67a* cpv. 5 AIMP deve essere considerato una conseguenza dell'art. *67a* cpv. 1 e 4 AIMP. 52

In relazione alla trasmissione non richiesta di informazioni relative all'area segreta ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP, la prassi affronta anche il cpv. 1 dell'art. *67a* AIMP per quanto riguarda la **provenienza dell'oggetto della trasmissione**: esso deve essere stato correttamente "raccolto dalla Svizzera per le proprie indagini penali". 53

b. Scopo della trasmissione: presunta idoneità a presentare una richiesta di assistenza giudiziaria alla Svizzera

54 A differenza delle prove (e delle informazioni) che non riguardano l'area segreta ai sensi dell'art. *67a* AIMP, l'utilità per il procedimento penale estero associata a una trasmissione non richiesta di informazioni all'interno dell'area segreta può consistere (solo) nel consentire allo Stato estero competente di rivolgersi alla Svizzera con una richiesta di assistenza giudiziaria. In questo senso, una trasmissione non richiesta da parte della Svizzera è una *"invitatio ad offerendum"* o una fase preliminare, proprio in vista del previsto procedimento di assistenza giudiziaria ordinaria. Ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP, il procedimento penale straniero non viene sostenuto direttamente, ma attraverso una futura procedura di assistenza giudiziaria svizzera. Ciò richiede almeno una previsione fondamentalmente positiva riguardo all'utilità delle informazioni non richieste. Secondo l'opinione espressa in questa sede, ciò deve riguardare non solo l'agevolazione di una richiesta di assistenza giudiziaria rivolta alla Svizzera, come espressamente previsto dall'art. *67a* cpv. 5 AIMP, ma anche - per quanto possibile e senza effetti pregiudizievoli rispetto a un'eventuale successiva procedura di assistenza giudiziaria passiva - il beneficio, almeno in linea di principio, di un'eventuale successiva assistenza giudiziaria (ordinaria) fornita dalla Svizzera allo Stato che la riceve.

55 Secondo il Tribunale penale federale, il fatto che lo Stato che riceve la trasmissione non richiesta basi a sua volta una **successiva richiesta di assistenza giudiziaria rivolta alla Svizzera** sulle circostanze che gli sono state precedentemente comunicate dalle autorità svizzere senza richiesta corrisponde all'obiettivo delle trasmissioni non richieste e non costituisce un difetto.

56 La trasmissione di informazioni ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP è utilizzata principalmente **in relazione a conti bancari situati in Svizzera**: Poiché si tratta di prove relative all'area segreta, è esclusa la trasmissione non richiesta di "documentazione bancaria"; tuttavia, l'autorità straniera può essere messa a conoscenza - in relazione a una prossima richiesta di assistenza giudiziaria - dell'esistenza di un conto bancario e di dettagli quali la proprietà o l'avente diritto economico, ad esempio.

57 L'art. *67a* cpv. 5 AIMP richiede che le informazioni non richieste relative al settore segreto *siano idonee* solo **a consentire la presentazione di una**

richiesta di assistenza giudiziaria, per cui non costituisce già una violazione della disposizione il fatto che l'altro Stato non utilizzi informazioni in linea di principio idonee a tale scopo per presentare una richiesta alla Svizzera.

Va da sé che lo scopo di fondo dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP per quanto riguarda la trasmissione non richiesta (la mera facilitazione di una richiesta di assistenza giudiziaria) deve essere adeguatamente salvaguardato attraverso una **clausola di specialità** nei confronti dello Stato a cui vengono trasmesse le informazioni. 58

Inoltre, proprio per lo scopo della trasmissione di consentire una richiesta di assistenza giudiziaria, che è un prerequisito dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP, **i requisiti generali per l'assistenza giudiziaria internazionale che la Svizzera deve fornire si applicano** in linea di principio anche alle trasmissioni non richieste: La trasmissione di informazioni relative all'area segreta ai fini della formulazione di una richiesta, per la quale è già prevedibile che un giorno la Svizzera non possa dare seguito, non sarebbe conforme al principio di proporzionalità. 59

c. Ulteriori requisiti

Per quanto riguarda gli altri paragrafi dell'art. *67a* AIMP, non c'è motivo per cui **l'art.** *67a* **cpv. 2 AIMP** non debba applicarsi anche alla trasmissione non richiesta di informazioni relative al settore segreto. Il rapporto con un eventuale procedimento penale svizzero non può essere diverso rispetto alla trasmissione di informazioni ai sensi dell'art. *67a* cpv. 1 AIMP. 60

Il Tribunale federale, invece, non estende espressamente il campo di applicazione dell'art.*67a* **cpv. 3 AIMP**, secondo la formulazione nel senso di una conclusione inversa, alla trasmissione non richiesta di informazioni rilevanti per la pratica relative all'area segreta. Tali trasferimenti ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP non dovrebbero quindi essere soggetti, per analogia, ai requisiti alternativi di una convenzione o dell'approvazione dell'Ufficio federale di giustizia. 61

3. Procedura per la trasmissione non richiesta

a. In generale

62 L'art. *67a* AIMP non specifica la forma che le autorità svizzere devono utilizzare per l'esecuzione effettiva, intesa come trasmissione all'estero, di una trasmissione non richiesta. Secondo la prassi, questa può avvenire **in modo informale** tra le autorità (in particolare "comunicazioni [...] téléphoniques ou verbales"), ma deve sempre essere abbinata a una comunicazione scritta all'altro Stato ("**note remise**"): "[L]a transmission spontanée d'informations doit dans tous les cas faire l'objet d'une communication écrite aux autorités de l'Etat destinataire". Il Tribunale federale giustifica questo requisito con la migliore protezione possibile dei diritti delle parti nei procedimenti penali stranieri, che devono essere garantiti. Consultando i fascicoli, dovrebbe essere possibile scoprire l'origine e il contenuto delle circostanze non richieste, il che consentirebbe alla persona interessata - in conformità con i requisiti del diritto straniero - di difendersi dal loro utilizzo nel procedimento, se necessario. Tuttavia, si deve sempre fare attenzione a che la "nota rimessa" (ad esempio con l'apposizione di sigilli ufficiali) non costituisca separatamente una prova effettiva che non deve o non può essere trasmessa.

63 Il Tribunale federale esclude la possibilità di presentare ricorso in Svizzera contro l'atto di trasmissione, per cui anche l'obbligo delle autorità svizzere non richieste di fornire agli **interessati** una **copia della comunicazione scritta inviata all'estero** viene **negato** in quanto non necessario per la loro tutela. Tuttavia, l'**Ufficio federale di giustizia**, nella sua funzione di autorità di vigilanza (art. 3 AIMP), deve ricevere una **copia della comunicazione di trasmissione e del protocollo** ai sensi dell'art. *67a* cpv. 6 AIMP, indipendentemente dall'art. *67a* cpv. 3 AIMP.

b. Rispetto del principio di specialità in particolare

64 Anche se trasmettono informazioni non richieste, le autorità svizzere devono in linea di principio garantire che l'**oggetto della trasmissione non venga utilizzato all'estero in modo contrario all'intenzione per cui hanno fornito l'assistenza giudiziaria**. Ciò viene garantito - in conformità al principio di specialità, che costituisce una restrizione all'assistenza legale - mediante l'istituzione delle cosiddette riserve di specialità. Il Tribunale federale ha affermato che il principio di specialità si applica in forma adattata

("dans une forme adaptée") per la trasmissione non richiesta di informazioni rilevanti per la pratica relative al settore segreto, ai sensi dell'art. *67a* cpv. 5 AIMP:

- In primo luogo, occorre garantire che le informazioni non siano trasmesse in relazione a un'accusa penale che *a priori* **non sarebbe ammissibile all'assistenza giudiziaria** (cfr. art. 3 AIMP) se lo Stato che riceve l'assistenza giudiziaria non richiesta si rivolge successivamente alla Svizzera con una richiesta (ordinaria).
- In secondo luogo, in assenza di un trattato di diritto internazionale che disciplini la portata della trasmissione non richiesta - consistente nella possibilità di presentare una richiesta di assistenza giudiziaria alla Svizzera - l'autorità straniera deve **essere espressamente richiamata** a tale scopo. Ciò deve avvenire (per iscritto) al più tardi al momento della trasmissione dell'informazione, in cui si applica il principio della buona fede tra gli Stati.

L'utilizzo dell'assistenza svizzera ricevuta nell'ambito dell'assistenza giudiziaria "minore" da parte dello Stato estero interessato in violazione del principio di specialità costituisce un "**entraide sauvage**". 65

c. Obbligo di documentazione ai sensi dell'art. *67a* cpv. 6 AIMP

Ai sensi dell'art. *67a* cpv. 6 AIMP, **ogni trasmissione non richiesta** deve essere **registrata in un protocollo**. Dalla sola formulazione si evince che l'obbligo di registrazione si applica in modo completo, vale a dire sia in relazione alla trasmissione non richiesta di prove e informazioni non relative all'area segreta che alle informazioni segrete. La collocazione del cpv. 6 come ultimo paragrafo dell'art. *67a* AIMP lo conferma in termini sistematici. 66

Durante i dibattiti parlamentari, l'art. *67a* cpv. 6 AIMP è stato definito indispensabile: In relazione alle trasmissioni non richieste, deve rimanere una traccia (relativa al file) per poter impedire un uso abusivo e arbitrario dell'art. *67a* AIMP. La giurisprudenza cita anche la stessa motivazione legata al diritto delle parti per quanto riguarda la "note remise". Inoltre, il verbale deve essere inviato all'Ufficio federale di giustizia affinché possa svolgere la sua funzione di vigilanza. Il Tribunale penale federale ha negato che l'interessato abbia diritto a ricevere direttamente una copia del verbale. Per quanto riguarda il **contenuto del verbale**, esso deve contenere la **data** e la **forma** della 67

trasmissione non richiesta, nonché le **modalità di un'eventuale supervisione da parte dell'Ufficio federale di giustizia**.

68 Le **obiezioni** sollevate in tribunale **in relazione al verbale ai sensi dell'art. *67a* cpv. 6 dell'AIMP** sono finora rimaste senza esito, a quanto risulta: In linea di principio, il Tribunale penale federale ha qualificato la mancanza di un protocollo come una possibile violazione dell'art. *67a* AIMP, la cui conseguenza può essere che l'autorità svizzera deve contattare lo Stato estero per la restituzione o il mancato utilizzo. Tuttavia, la giurisprudenza evita questo inconveniente, ritenendo sufficiente che almeno la lettera all'autorità estera ("note remise") sia stata inserita nel fascicolo del procedimento penale svizzero. Il Tribunale federale considera la mancata consegna del verbale all'Ufficio federale di giustizia una "omissione deplorevole", che tuttavia non ha conseguenze in quanto "défaut mineur".

d. Diritto di essere ascoltati?

69 L'esistenza di un **diritto preventivo di commentare** le comunicazioni non richieste che si intendono effettuare è prevalentemente negata nella letteratura con riferimento alla DTF 125 II 238.

70 Per quanto riguarda il **diritto di consultare i fascicoli**, gli standard del diritto dell'assistenza giudiziaria sono rilevanti se una trasmissione non richiesta ha provocato una richiesta di assistenza giudiziaria rivolta alla Svizzera e i documenti sono inclusi nei fascicoli del procedimento di assistenza giudiziaria (passiva) svizzero in relazione all'art. *67a* AIMP: Sono rilevanti l'art. *80b* AIMP - per cui la restrizione alla necessità di difesa degli interessi (cpv. 1) e i motivi di restrizione previsti dalla legge (cpv. 2) - e gli artt. 26 e segg. PA i.V.m. Art. 12 cpv. 1 frase 1 AIMP. Il Tribunale penale federale ha ipotizzato una violazione del diritto di essere ascoltati nella seguente costellazione: i documenti relativi a una trasmissione non richiesta svizzera, sebbene citati nella sentenza finale, non facevano parte del fascicolo di assistenza giudiziaria per quanto riguarda la richiesta che le autorità ucraine hanno successivamente inviato alla Svizzera.

D. Protezione giuridica in relazione ai trasferimenti non richiesti ai sensi dell'art. *67a* AIMP

1. Protezione giuridica (limitata) in Svizzera

È prassi consolidata, stabilita subito dopo la creazione dell'art. *67a* AIMP, che una trasmissione non richiesta ai sensi di questa disposizione costituisca un "acte d'entraide matériel spécifique" e non una decisione definitiva ai sensi dell'art. *80d* AIMP. Ciò significa che non vi è alcun oggetto per un ricorso ai sensi dell'art. *80e* AIMP, il che a sua volta significa che è impossibile difendersi davanti ai tribunali d'appello svizzeri prima della trasmissione. **Non c'è** proprio **alcuna tutela giuridica preventiva**, che è invece un principio fondamentale del diritto svizzero sull'assistenza penale internazionale: "La transmission spontanée selon l'art. *67a* EIMP ne peut pas directement faire l'objet d'un recours". Da un punto di vista formale, ciò appare ovvio nella misura in cui la forma di azione prevista dal diritto dell'assistenza giudiziaria che apre la via del ricorso, la sentenza definitiva, presuppone una richiesta (art. *80 quinquies* AIMP: "Se l'autorità di esecuzione ritiene che la richiesta sia interamente o parzialmente eseguita"), che manca *per definizione* nel contesto dell'art. *67 bis* AIMP. Di conseguenza, anche il protocollo ai sensi dell'art. *67a* cpv. 6 dell'AIMP e la "note remise" non sono contestabili. 71

Tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto fin dall'inizio che le **violazioni dell'art.*67a* AIMP possono in linea di principio essere fatte valere** se la trasmissione non richiesta porta lo **Stato che ha ricevuto l'assistenza a rivolgersi alla Svizzera con una richiesta di assistenza giudiziaria o a completarne una esistente**. Se una sentenza definitiva emessa a questo proposito viene impugnata davanti al Tribunale penale federale (art. 25 cpv. 1 AIMP, art. *80e* cpv. 1 AIMP), in questo contesto possono essere contestate le carenze relative alla trasmissione non richiesta che hanno avuto luogo in precedenza. Se ciò comporta una violazione dell'art. *67a* AIMP - come la mancanza del consenso dell'Ufficio federale di giustizia (cpv. 3) o del protocollo (cpv. 6), la trasmissione di prove relative all'area segreta (cpv. 4) - si tratta di una forma di "trasmissione non richiesta". 4) - è una forma di "entraide sauvage", per cui la conseguenza giuridica utilizzata come formula dalla giurisprudenza è che l'autorità svizzera può essere invitata ("pourrait être invité") a preoccuparsi della restituzione dell'oggetto del trasferimento da parte dell'altro Stato o almeno della sua richiesta di non utilizzarlo nel proprio 72

procedimento penale. La giurisprudenza nega che lo Stato estero abbia un dovere fondamentale di cooperazione, in quanto non è responsabile di azioni scorrette da parte delle autorità svizzere. In ogni caso - come afferma anche formalmente la giurisprudenza - un intervento nei confronti dello Stato che ha ricevuto la trasmissione non autorizzata e non richiesta dovrebbe essere superfluo se successivamente emerge che i requisiti materiali per l'assistenza legale (ordinaria) (su richiesta) sarebbero stati soddisfatti o si può prevedere una decisione positiva sulla concessione dell'assistenza legale ordinaria nel prossimo futuro. In questo caso, si ipotizza una sorta di guarigione.

73 Se, a seguito della trasmissione non richiesta, **non viene presentata alla Svizzera alcuna richiesta di assistenza giudiziaria da parte dello Stato precedentemente sostenuto ai sensi dell'art.** *67a* **AIMP**, allora, secondo il *modus operandi* consolidato della giurisprudenza, non sussiste alcun interesse degno di tutela ai sensi dell'art. *80h* lett. b AIMP che giustifichi un intervento della magistratura svizzera.

74 Il **Tribunale federale** ha espressamente ritenuto **conformi alla CEDU**, in particolare per quanto riguarda l'art. 13 CEDU, queste modalità consolidate di protezione giuridica in relazione all'art. *67a* AIMP (nessuna "possibilità di un controllo giudiziario diretto della trasmissione spontanea di informazioni").

2. Altre conseguenze giuridiche delle comunicazioni indesiderate illegali

75 In aggiunta o, soprattutto se non viene inviata alla Svizzera una richiesta di assistenza giudiziaria e questa non emette quindi una sentenza definitiva, come unica misura si può prendere in considerazione un'**azione contro l'utilizzo dell'oggetto del trasferimento nello Stato** (e secondo le sue norme procedurali) che **è stato sostenuto dalla Svizzera sulla base dell'art.***67a* **AIMP**. L'efficacia di questa possibilità dipende in primo luogo dall'organizzazione dell'ordinamento giuridico dello Stato estero.

76 Altre possibili risposte (legali) ai trasferimenti illeciti non richiesti sono l'applicazione di **diritti in base alla legge sulla responsabilità dello Stato**, i procedimenti penali, in particolare per **violazione del segreto d'ufficio**, e l'**azione di vigilanza**.

Si ringrazia il sig. Eric Chevrolet, BLaw, per il suo attivo supporto nel completamento del commento.

BIBLIOGRAFIA

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 18 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Aepli, Art. 18 IRSG N. ...).

Beglinger Fridolin, Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, in: AJP 2007, S. 916–927.

Bernasconi Paolo, Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, S. 143–518.

Boillat Marie, Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, Zürich 2012.

Breitenmoser Stephan/Bai Alain, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, S. 1921–2015.

Cassani Ursula/Gless Sabine/Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018), in: SZIER 2019, S. 419–459.

Dannacher Marnie, Diktatorengelder in der Schweiz, Basel 2012.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Epiney Astrid/Meier Annekathrin/Egbuna-Joss Andrea, Schengen/Dublin, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Zürich 2007, S. 903–981.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Fiolka, Art. 1 IRSG N. ...).

Garbarski Andrew M./Carrupt Abdul/Julen Berthod Anne Valérie, Unexplained Wealth Orders (UWO): Appréhension en droit suisse et intérêt pour le practicien, in: GesKR 2022, S. 195–213.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Gless Sabine/Schaffner Daniel, Kommentierung zu Art. 21 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Gless/Schaffner, Art. 1 IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Glutz von Blotzheim, Art. 67*a* IRSG N. ...).

Glutz von Blotzheim Alexander, Die spontane Übermittlung, Basel 2010 (zit. Glutz von Blotzheim, Übermittlung).

Gossin Pascal, Récents accords bilatéraux et le rôle de l'Office fédéral de la justice, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 143–155.

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 2008.

Haffter Andreas, Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen im Spannungsfeld zwischen Denunziation und Verbrechensbekämpfung: Zur Problematik der spontanen Rechtshilfe (Art. 67*a* IRSG), in: AJP 1999, S. 116–121.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020 (SK-Hansjakob/Pajarola, Art. 272 StPO N. ...).

Harari Maurice, L'évolution récente en matière d'entraide pénale: des interrogations demeurent, in: Gani Raphaël (Hrsg.), Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, Lausanne 2004, S. 103–132 (zit. Harari, in Gani).

Harari Maurice, Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?, in: ZStrR 1998, S. 1–25 (zit. Harari, ZStrR 1998).

Harari Maurice/Corminboeuf Harari Corinne, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in: Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Basel 2016, S. 77–95.

Heimgartner Stefan/Schnebli Maria, Eurojust: Unterstützung der schweizerischen Strafbehörden bei Delikten mit Auslandsbezug, in: AJP 2016, S. 1056–1064.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Kleiner Beat/Schwob Renate/Winzeler Christoph, Kommentierung zu Art. 47 BankG, in: Zobl Dieter/Schwob Renate/Weber Rolf H./Winzeler Christoph/Kaufmann Christine/Kramer Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Aufl., Zürich 2015.

Léchot Antoine, Contournement des règles de l'entraide pénale internationale, Zürich 2023.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent, 3. Aufl., Genf 2016 (zit. Lombardini, banques).

Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. Lombardini, droit bancaire).

Lubishtani Kastriot/Monod Hadrien/Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80*d*^{bis} EIMP, in: Anwaltsrevue 2021, S. 27–34.

Ludwiczak Glassey Maria, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2023), in: SZIER 2024, S. 387–406.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024 (zit. PC-Ludwiczak Glassey, Art. 67 EIMP N. ...).

Ludwiczak Glassey Maria, L'entraide pénale internationale «dynamique» en bref, Le projet, les débats, le compromis, in: AJP 2021, S. 71–75 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2021).

Ludwiczak Glassey Maria, La transmission anticipée: l'avenir de l'entraide en matière pénale?, in: Jusletter vom 20. April 2020 (zit. Ludwiczak Glassey, Jusletter).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018 (zit. Ludwiczak Glassey, précis).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, in: AJP 2018, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures d'entraide judiciaire «dynamique» droit de l'entraide statique: 0:1, Urteilsbesprechung BGE 143 IV 186, in: fp 2018, S. 50–53 (zit. Ludwiczak Glassey, fp 2018).

Ludwiczak Glassey Maria, Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, in: Garibian Sévane/Jeanneret Yvan, Dodécaphonie pénale, Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth, Zürich 2017, S. 117–130 (zit. Ludwiczak Glassey, in Garibian/Jeanneret).

Ludwiczak Glassey Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, Évolution jurisprudentielle, in: AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak Glassey, AJP 2017).

Ludwiczak Glassey Maria, A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, in: ZStrR 2015, S. 295–317 (zit. Ludwiczak Glassey, ZStrR 2015).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, L'artificielle distinction entre «informations» et «moyens de preuve» en entraide pénale internationale, in: ZStrR 2022, S. 402–427 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, ZStrR 2022).

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Transmission spontanée: comment distinguer une information d'un moyen de preuve, Crimen vom 5. August 2021, https://www.crimen.ch/24, S. 1–2 (zit. Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, transmission).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022), in: SZIER 2023, S. 431–461 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2023).

Ludwiczak Glassey Maria/Wahl Thomas, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), in: SZIER 2022, S. 451–487 (zit. Ludwiczak Glassey/Wahl, SZIER 2022).

Mäder Stefan, Kommentierung zu Art. 8 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Mäder, Art. 8 IRSG N. ...).

Mettler Christoph/Schaffner Daniel, «Vorwärts – rückwärts – seitwärts – ran! Der Rechtsschutz im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen auf Abwegen?, in: Seitz Claudia/Straub Ralf Michael/Weyeneth Robert (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 819–827.

Micheli François Roger, L'entraide spontanée (art. 67*a* EIMP), Le contrôle de la transmission spontanée d'informations, in: AJP 2002, S. 156–164.

Moreillon Laurent, Kommentierung zu Art. 67*a* IRSG, in: Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel 2004 (zit. CR-Moreillon, Art. 67a IRSG N. ...).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam/Ahmed Naël, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2022, in: JdT 2023, S. 271–317.

Nicati, Françoise, Loi sur l'entraide pénale internationale, révision du 4 octobre 1996 (mise au point: septembre 1999), in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 426.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.

Reich Markus, Internationale Rechtshilfe der Schweiz in Fiskalstrafsachen, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 285–303.

Reich Markus/Bachmann Stefan, Internationale Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz in Fiskalsachen, in: zsis) 2003, Aufsätze, Aufsatz Nr. 1.

Schaffner Daniel, Urteilsanmerkung BStGer RR.2015.240, RP.2015.47 vom 22.1.2016 und BStGer RR.2016.61 vom 10.8.2016: Beanstandete und

genehmigte Entraide Sauvage an Brasilien in Sachen Petrobras, in: AJP 2017, S. 108–114 (zit. Schaffner, AJP 2017).

Schaffner Daniel, Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen, Basel 2013 (zit. Schaffner, Individuum).

Schupp Pierre-Dominique, La révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), in: ZStrR 1997, S. 180–195.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Schwob Renate, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz – Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, in: SJZ 2001, S. 169–176.

Unseld Lea, Vorbemerkungen zu Art. 85–93 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015 (zit. BSK-Unseld, Vorb. zu Art. 85–93 N. ...).

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht – Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011 (zit. Unseld, Rechtshilfe).

Villard Katia/Bertossa Yves, La Suisse, l'OCDE et la corruption: Enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes, in: SJ 2020 II, S. 155–185.

Von Wartburg Christian, Der Ordre-Public-Vorbehalt bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen in der Schweiz, in: Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen/Vereinigung Liechtensteinischer Strafverteidiger/Forum Strafverteidigung/Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V./Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V. (Hrsg), Wenn der Staat Grenzen überschreitet, 11. Dreiländerforum Strafverteidigung, 16./17.9.2022 in Passau, Wien 2022, S. 121–131.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe?, in: AJP 2024, S. 824–844.

Weyeneth Robert, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz, in: recht 2014, S. 114–125.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, in: SJZ 1997, S. 33–43.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019 (zit. Zimmermann, coopération).

Zimmermann Robert, Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, in: SJ 2018 II, S. 1–24 (zit. Zimmermann, SJ 2018).

Zimmermann Robert, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, in: AJP 2007, S. 62–69 (zit. Zimmermann, AJP 2007).

I MATERIALI

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1–66, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de (zit. Botschaft IRSG 1995).

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

Internationale Rechtshilfe – Statistik 2023 (erstellt am 26.2.2024), Bundesamt für Justiz, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen.html (zit. IRH-Statistik 2023).

Rundschreiben Nr. 4 vom 20.3.2015: Weiterleitung von Anzeigen zum Zwecke der Strafverfolgung an das Ausland bei fehlender schweizerischer Strafhoheit, Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Internationale Rechtshilfe, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Rundschreiben Bundesamt für Justiz 2015).

Wortprotokoll der Sitzung des Nationalrats vom 20.12.1995, AB 1995 V.

Wortprotokoll der Sitzung des Ständerats vom 21.3.1996, AB 1996 I.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 74 AIMP

Un commentario di Corinne Corminboeuf Harari

CITAZIONE SUGGERITA

Corinne Corminboeuf Harari, Commentario all'art. 74 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Corminboeuf Harari, art. 74 AIMP N. XXX.

Art. 74 Consegna di mezzi di prova

[1] Gli oggetti, i documenti o i beni sequestrati a scopo di prova, nonché gli atti e le decisioni sono messi a disposizione dell'autorità estera competente, a sua richiesta, dopo la chiusura della procedura d'assistenza giudiziaria (art. 80*d*).

[2] Se una terza persona che ha acquisito diritti in buona fede, un'autorità o il danneggiato che dimora abitualmente in Svizzera fanno valere diritti sugli oggetti, i documenti o i beni giusta il capoverso 1, quest'ultimi sono consegnati soltanto se lo Stato richiedente ne garantisce la restituzione gratuita dopo la chiusura del suo procedimento.

[3] La consegna può essere rinviata fintanto che gli oggetti, i documenti o i beni sono necessari per un procedimento penale pendente in Svizzera.

[4] I diritti di pegno fiscali sono retti dall'articolo 60.

STRUTTURA

I. Genesi della norma 322
II. Contenuto: punti generali 323
III. Esame paragrafo per paragrafo 325
A. Paragrafo 1 - Conservazione delle prove fino alla fine del procedimento 325
B. Paragrafo 2 - Diritti di terzi 326
C. Paragrafo 3 - Requisiti dei procedimenti penali pendenti in Svizzera 328
D. Paragrafo 4 - Diritti di pegno a favore delle autorità fiscali 329
Bibliografia 330

I. GENESI DELLA NORMA

1 L'art. 74 AIMP, la cui nota marginale faceva inizialmente riferimento alla "consegna di oggetti" all'estero, è entrato in vigore con la legge sull'assistenza giudiziaria il 31 dicembre 1982.

2 L'adozione di questa disposizione ha rappresentato un cambiamento significativo nel diritto svizzero, poiché a differenza dell'estradizione, per la quale esisteva una legge dalla fine del XIX secolo, la Svizzera non aveva una legge nazionale che prevedesse la consegna a uno Stato estero di oggetti sequestrati in Svizzera al di fuori di un procedimento di estradizione. Prima dell'adozione dell'AIMP, tale consegna era riservata agli Stati con i quali la Svizzera era legata da un accordo internazionale che prevedeva la consegna in prova. Il contenuto di questi accordi era spesso succinto sulle condizioni di consegna. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, entrata in vigore in Svizzera il 20 marzo 1967, ha rappresentato un primo passo verso la codificazione, in una certa misura, delle norme sancite dalla prassi internazionale in materia.

3 Inizialmente, l'art. 74 dell'EIMP si applicava alla consegna a uno Stato estero di qualsiasi "oggetto" che fosse "rilevante per la decisione da prendere in un caso penale". Il paragrafo 2 di questa disposizione si riferiva espressamente anche alla restituzione di "altri" oggetti o valori agli "aventi diritto". Sebbene il testo giuridico non fosse chiaro su questo punto, il Tribunale federale ha ritenuto che questa disposizione consentisse non solo la consegna delle prove (consegna probatoria) ma, in determinate circostanze, anche la consegna dei proventi del reato allo Stato straniero in vista della loro confisca o restituzione (consegna confiscatoria).

4 L'art. 74 EIMP è stato modificato nell'ambito della riforma dell'EIMP del 4 ottobre 1996, entrata in vigore il 1° febbraio 1997.

5 Nel contesto di questa revisione, il legislatore ha operato una chiara distinzione tra la remissione in prova e la remissione con confisca. Lo scopo dell'attuale art. 74 AIMP è stato quindi limitato alla consegna di "mezzi di prova" e il suo contenuto è stato chiarito. Allo stesso tempo, il contenuto dell'art. 34a AIMP, relativo alla consegna di oggetti o valori nel contesto dell'estradizione, è stato trasferito all'art. 59 AIMP dopo una serie di

emendamenti. Infine, è stato adottato un nuovo articolo 74a AIMP, concepito specificamente per disciplinare la consegna confiscatoria.

II. CONTENUTO: PUNTI GENERALI

L'art. 74 dell'IMP disciplina ora solo la questione della consegna di prove sequestrate in Svizzera a uno Stato estero e deve essere letto in combinato disposto con : 6

- all'art. 59 EIMP, che tratta specificamente della consegna di oggetti o valori trovati in possesso della persona da estradare (siano essi mezzi di prova o proventi del reato),
- l'articolo 74a AIMP, che riguarda la consegna di oggetti o beni ai fini della loro confisca o restituzione.
- l'articolo 90 dell'EIMP, che prevede la consegna di "reperti" contestualmente al fascicolo del procedimento penale, nel caso in cui il procedimento penale sia delegato all'estero.
- Allo stato attuale, il sequestro o la consegna di beni a titolo di risarcimento è possibile solo alle condizioni restrittive previste dall'art. 94 e seguenti dell'AIMP (exequatur di una decisione definitiva ed esecutiva di uno Stato estero).

La consegna in prova è prevista anche in diversi strumenti internazionali, come l'art. 6 CEEJ (RS 0.351.12), l'art. 35 TJUS (RS 0.351.933.6), l'art. 10 TJArgentina (RS 0.351.915.4) e l'art. 9 cpv. 1 TJMessico (RS 0.351.956.3). Tuttavia, il campo di applicazione di queste disposizioni, riservato dall'art. 1 par. 1 AIMP, non va oltre quello dell'art. 74 AIMP. 7

Il concetto di "mezzi di prova" di cui all'art. 74 AIMP rimane ampio. Secondo il testo stesso della legge, può riferirsi a qualsiasi oggetto, in particolare a qualsiasi documento o valore "sequestrato come prova". Può trattarsi di titoli, documenti bancari, opere d'arte, ecc. Possono anche includere supporti contenenti registrazioni audio o video o dati informatici. A seconda della loro natura e del loro contenuto, la consegna di oggetti all'estero può quindi costituire non solo una violazione del diritto di proprietà (almeno nella forma temporanea di una violazione del possesso), ma anche una violazione della privacy o del segreto professionale (consegna di dati informatici, registrazioni audio e video o documenti segreti). L'articolo 74 dell'AIMP copre anche 8

qualsiasi fascicolo o decisione di un'amministrazione o di un tribunale svizzero. Tuttavia, ciò non si applica alla consegna di decisioni giudiziarie emesse nell'ambito del procedimento di assistenza giudiziaria stesso, né alle memorie scritte e ai documenti prodotti dalle parti in questo contesto.

9 Gli oggetti, i beni o i documenti da consegnare devono essere collegati ai fatti perseguiti nel procedimento penale in corso nello Stato richiedente. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema Federale, tuttavia, non è necessario stabilire requisiti rigorosi in merito all'idoneità dell'oggetto in questione come prova, poiché la valutazione finale spetta al tribunale straniero. In particolare, i requisiti per la consegna di prove sono meno severi rispetto alla consegna di oggetti o beni a scopo di confisca o restituzione ai sensi dell'art. 74a AIMP. È quindi sufficiente che l'oggetto in questione appaia prima facie idoneo a essere utilizzato come prova. È sufficiente qualsiasi collegamento tra i fatti perseguiti all'estero e l'oggetto in questione.

10 Tuttavia, si applica il principio di proporzionalità, che deriva dall'art. 5 cpv. 2 della Costituzione svizzera e dall'art. 63 cpv. 1 dell'AIMP. A seconda dei requisiti del procedimento penale estero, una semplice copia dei documenti o dei supporti sequestrati può essere consegnata allo Stato richiedente. La consegna non è necessaria se il fatto da dimostrare è ben noto o già supportato da prove sufficienti. Tuttavia, l'autorità di esecuzione limita il suo esame alla "potenziale utilità" dei documenti consegnati. Secondo la giurisprudenza, lo Stato richiesto non deve sostituire la propria valutazione a quella del magistrato straniero, poiché in genere non dispone delle informazioni che gli consentirebbero di decidere sull'opportunità di assumere le prove in questione.

11 Prima della consegna, deve essere emesso un decreto di sequestro - o anche un decreto di sequestro provvisorio urgente ai sensi dell'art. 18 dell'AIMP - che consenta di sequestrare gli oggetti ritenuti utili all'accertamento della verità. Nel caso dell'assistenza giudiziaria, una richiesta di consegna include implicitamente una richiesta di sequestro preventivo. Tuttavia, non è vero il contrario: una richiesta di sequestro non è equivalente a una richiesta di consegna, e può essere necessaria una nuova richiesta di assistenza giudiziaria se la prima richiesta riguardava solo misure cautelari. I principi applicabili alla ricerca e all'eventuale sigillatura di documenti o oggetti il cui contenuto è coperto da segreto sono quelli del Codice di procedura penale svizzero.

Nella pratica, l'Ufficio federale di giustizia ha riscontrato che la consegna a fini probatori pone pochi problemi se i beni trasferiti rimangono insignificanti in termini di quantità o valore. L'articolo 33 dell'OEIMP prevede procedure speciali per gli oggetti di grande valore, in particolare l'adozione di misure di protezione specifiche e l'obbligo di assicurarli contro eventuali danni o perdite durante il trasporto. 12

III. ESAME PARAGRAFO PER PARAGRAFO

A. Paragrafo 1 - Conservazione delle prove fino alla fine del procedimento

L'articolo 74, paragrafo 1, dell'IMA prevede che le prove siano consegnate "su richiesta dell'autorità straniera competente" solo "al termine della procedura di assistenza giudiziaria". La consegna delle prove assume la forma di una decisione di chiusura ai sensi dell'art. 80d dell'AIMP, a cui l'art. 74 par. 1 dell'AIMP fa espressamente riferimento. Finché la decisione di chiusura non è definitiva ed esecutiva, i documenti, gli oggetti e i beni segreti sono conservati in Svizzera. A differenza dell'assistenza amministrativa internazionale, questa disposizione sancisce il principio della "conservazione" delle prove in Svizzera fino all'entrata in vigore della decisione definitiva. Ciò garantisce che gli aventi diritto siano stati informati in anticipo della proposta di sequestro e consegna e, se del caso, abbiano potuto far valere il loro diritto di essere ascoltati davanti ai tribunali competenti prima della sua esecuzione. Questo principio è considerato fondamentale nell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. 13

Tuttavia, il principio della non divulgazione delle prove non è inviolabile ai sensi dell'AIMP. Negli ultimi anni, il legislatore ha già creato due eccezioni a questo principio, negli articoli 18b e 80dbis dell'AIMP. Queste disposizioni consentono, a determinate condizioni restrittive, la trasmissione "anticipata" e talvolta persino "spontanea" di determinati mezzi di prova all'estero, prima che la persona interessata abbia potuto far valere il proprio diritto di essere ascoltata. La legge stabilisce delle garanzie per queste eccezioni, in particolare un divieto temporaneo (in attesa di una sentenza sulla decisione di archiviazione) per lo Stato richiedente di utilizzare gli elementi ottenuti in questo modo come "prove". Nel frattempo è quindi possibile solo l'uso a "fini 14

investigativi", in attesa di una sentenza in Svizzera sulla decisione di archiviazione.

15 Dal canto suo, l'art. 67a cpv. 5 AIMP consente la trasmissione spontanea a uno Stato estero, non di prove in senso stretto, ma di "informazioni" che rientrano nella sfera del segreto, allo scopo di consentire a uno Stato estero di inviare alla Svizzera una richiesta di assistenza giudiziaria. Secondo la giurisprudenza, la distinzione tra "informazioni" e "prove" viene valutata caso per caso; in particolare, l'autorità svizzera che intende comunicare "semplici informazioni" deve sforzarsi di non trasmettere "dati o documenti ufficiali che, per la loro natura, il contenuto informativo molto dettagliato o il carattere ufficiale, potrebbero essere utilizzati direttamente come prove in un procedimento straniero".

16 Anche altri atti procedurali possono comportare la trasmissione prematura di informazioni allo Stato richiedente, come l'autorizzazione concessa agli inquirenti stranieri di assistere all'esecuzione della richiesta (articolo 65a AIMP), le udienze in videoconferenza o in conferenza telefonica, le misure investigative che prevedono la partecipazione in Svizzera di inquirenti stranieri (osservazione transfrontaliera, consegna controllata, indagine discreta e squadre investigative comuni) o l'accesso al fascicolo concesso a una parte. Questi diversi atti sono consentiti dal diritto svizzero, fatte salve le precauzioni specifiche sviluppate dalla giurisprudenza.

17 Infine, la giurisprudenza non sanziona in modo assoluto l'inosservanza del principio di conservazione, ritenendo in particolare che una trasmissione vietata di informazioni o prove prima dell'entrata in vigore della decisione di archiviazione possa essere "sanata" se risulta, dopo che le parti interessate hanno potuto presentare le loro obiezioni, che le condizioni per l'assistenza reciproca erano state soddisfatte e che i documenti contestati avrebbero dovuto comunque finire nelle mani dell'autorità straniera. Se invece i tribunali competenti rifiutano l'assistenza giudiziaria, l'autorità straniera deve essere invitata dalle autorità svizzere a rimuovere immediatamente dal proprio archivio e a distruggere la documentazione oggetto del trasferimento svizzero.

B. Paragrafo 2 - Diritti di terzi

18 Il paragrafo 2 dell'art. 74 AIMP tratta dei diritti dei terzi sugli oggetti, ossia dell'acquirente in buona fede, di un'autorità o della parte lesa che ha la sua

residenza abituale in Svizzera, codificando la giurisprudenza sviluppata sotto la precedente versione dell'art. 74 AIMP. Né la persona contro cui è diretto il procedimento all'estero, né le persone che hanno acquisito diritti sugli oggetti attraverso la conoscenza dei fatti oggetto di indagine all'estero sono quindi tutelate da questa disposizione, in quanto non soddisfano il requisito della buona fede. Per quanto riguarda l'acquirente in buona fede, l'art. 74 al. 2 AIMP non richiede, a differenza dell'art. 74a al. 4 let. c AIMP, che i suoi diritti siano stati acquisiti in Svizzera o che risieda in Svizzera. Secondo alcuni autori, si tratta di una lacuna involontaria che dovrebbe essere colmata richiedendo una relazione tra il terzo e la Svizzera simile a quella prevista dall'articolo 74a al. 4 let. c AIMP. La questione non è stata risolta dalla giurisprudenza.

In linea di principio, il diritto dello Stato richiedente alla consegna probatoria prevale sui diritti dei terzi sugli oggetti. Infatti, il legislatore ha ritenuto che il loro diritto di proprietà non sia in linea di principio realmente minacciato, poiché i mezzi di prova sono semplicemente messi a disposizione del procedimento straniero e devono poi essere restituiti alla fine del procedimento straniero. Si tratta quindi solo di una perdita temporanea del possesso. La questione della consegna confiscatoria al termine del procedimento è riservata se lo Stato richiedente ne fa richiesta. In questo caso, le condizioni di cui all'art. 74a EIMP dovranno essere esaminate dall'autorità di esecuzione svizzera, che prevede altre salvaguardie per garantire i diritti dei terzi. Ciò vale anche nel caso in cui le prove costituiscano oggetti che mettono in pericolo la sicurezza, la morale o l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 69 cpv. 1 in fine del Codice penale svizzero, nel qual caso dovrebbe essere possibile rinunciare alla restituzione degli oggetti consegnati come prova, nonostante le pretese di terzi, poiché tali oggetti sarebbero in ogni caso passibili di confisca. 19

Per quanto riguarda lo Stato richiedente, il suddetto obbligo di restituzione deriva o da un accordo generale che lo vincola allo Stato richiesto (obbligo al quale lo Stato richiesto può rinunciare in un caso specifico), o da una riserva specifica formulata in relazione alla consegna dell'oggetto contestato. In assenza di una base giuridica che preveda la restituzione in base a un accordo internazionale tra lo Stato richiesto e lo Stato richiedente, e in assenza di una riserva in tal senso formulata al momento della consegna, lo Stato richiedente rimane libero di disporre degli oggetti in conformità alla propria legislazione. 20

21 Al fine di garantire la restituzione degli oggetti da parte dello Stato richiedente e quindi il rispetto dei diritti dei terzi, l'art. 74 par. 2 dell'AIMP prevede la possibilità di richiedere allo Stato richiedente la garanzia di restituire gratuitamente gli oggetti consegnati al termine della procedura. Si tratta di una condizione soggetta ad accettazione ai sensi dell'art. 80p AIMP. Per raggiungere il suo scopo, l'ottenimento della garanzia richiesta deve precedere la consegna in prova. Secondo la giurisprudenza, questi principi si applicano per analogia anche alla delega dell'azione penale. Se lo Stato richiedente non rispetta la garanzia fornita, incorre nella responsabilità internazionale. Tuttavia, l'impegno dello Stato a restituire il bene al termine del procedimento non sempre tutela sufficientemente i diritti dei terzi, soprattutto nel caso di beni culturali per i quali lo Stato richiedente può beneficiare di immunità. In linea di principio, lo Stato richiesto deve presumere che lo Stato richiedente agirà in conformità con i suoi impegni e secondo il principio di buona fede, fatti salvi alcuni limiti. In un caso riguardante la consegna in prova di tre oggetti archeologici alla Libia, il TPF ha ritenuto che, in considerazione del grave deterioramento della situazione politica in Libia, non fosse possibile ottenere garanzie sufficienti sulla restituzione degli oggetti. La Corte ha comunque autorizzato la consegna della documentazione relativa agli oggetti contestati, proponendo però che una perizia sugli oggetti venga effettuata da esperti libici in territorio svizzero e riservando un'eventuale consegna confiscatoria, ai sensi dell'art. 74a AIMP, a una fase successiva del procedimento.

22 Va notato che le possibili violazioni di altri interessi di terzi (come la privacy o il segreto commerciale, ad esempio) derivanti dalla conoscenza del contenuto dei documenti o dei supporti non sono tutelati dall'AIMP, in particolare dopo la soppressione dell'art. 10 aEIMP in occasione della revisione dell'AIMP, entrata in vigore il 1° gennaio 1997. La portata pratica di questa disposizione prima della sua abolizione era molto limitata.

C. Paragrafo 3 - Requisiti dei procedimenti penali pendenti in Svizzera

23 Secondo il cpv. 3 dell'art. 74 EIMP. 3 dell'art. 74 AIMP, la consegna probatoria all'estero di oggetti sequestrati in Svizzera può essere rinviata se gli oggetti, i documenti o i beni sono necessari per un procedimento penale in corso in Svizzera. Ciò può avvenire se il procedimento penale svizzero è già in fase

avanzata o se la parte principale del reato è avvenuta in Svizzera. In questo contesto, il giudice deve tenere conto delle esigenze rispettive della sua indagine e di quella condotta all'estero, nonché della natura delle questioni controverse, ponderando gli interessi in gioco. Ad esempio, in un caso che riguardava reperti archeologici quantitativamente e culturalmente significativi, il Tribunale federale ha osservato che, in considerazione dei rischi connessi al trasporto dei reperti, poteva essere giustificato non consegnare i reperti e autorizzare invece gli investigatori stranieri a recarsi a Ginevra per esaminarli. Tuttavia, ciò non è sempre possibile, in particolare quando il numero di reperti da esaminare è elevato, poiché sarebbe troppo costoso per lo Stato estero.

Quando i legami tra i fatti contestati e la Svizzera sono tenui, i presunti 24
colpevoli non risiedono in Svizzera e non sono passibili di estradizione, e la Svizzera è coinvolta solo perché gli oggetti contestati si trovano sul suo territorio, può essere opportuno che l'autorità svizzera faciliti l'avanzamento dell'indagine straniera concedendo la consegna degli oggetti sequestrati, o addirittura che deleghi l'azione penale all'estero ai sensi degli artt. 88 e segg. dell'AIMP. Se il procedimento viene delegato all'estero, l'art. 90 dell'EIMP prevede la consegna dei reperti insieme al fascicolo penale. Questa è la logica conseguenza del trasferimento di giurisdizione: Lo Stato richiedente deve consegnare allo Stato richiesto tutto ciò che può essere utile per il perseguimento dei reati delegati, per consentirgli di svolgere il proprio compito. Il concetto di "prove" ai sensi dell'articolo 90 AIMP corrisponde a quello di mezzi di prova ai sensi degli articoli 74 e 59 AIMP. L'autorità svizzera non può delegare un procedimento per consentire il trasferimento di oggetti che le condizioni degli articoli 74 e 74a AIMP non consentirebbero. Infine, le norme necessarie a tutelare i diritti dei terzi (cfr. par. 2) sono applicabili per analogia nel caso di cessione di oggetti ai sensi dell'art. 90 AIMP.

D. Paragrafo 4 - Diritti di pegno a favore delle autorità fiscali

Il 4° cpv. dell'art. 74 AIMP fa riferimento all'art. 60 AIMP, che disciplina i 25
diritti di pegno a favore delle autorità fiscali in materia di estradizione. In base a questa disposizione, se gli oggetti o i valori sono consegnati senza riserva di restituzione, il diritto di pegno doganale o qualsiasi altra garanzia reale stabilita dalla legislazione doganale o fiscale svizzera non può essere fatto valere, a meno che il proprietario che ha subito un danno a causa del reato

non sia egli stesso tenuto a pagare. La rinuncia a questo diritto di pegno può essere soggetta a reciprocità. In questo contesto, occorre tenere conto anche dell'art. 23 dell'AIMP, che specifica le circostanze in cui possono essere invocati i diritti di pegno a favore delle autorità fiscali, designando al contempo (cpv. 2) la Direzione generale delle dogane come autorità competente a rinunciare ai diritti di pegno ai sensi dell'art. 60 dell'AIMP.

26 L'UFG sottolinea che la questione è di scarsa importanza pratica.

BIBLIOGRAFIA

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/ Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Boilat Marie, 2012, La coopération judiciaire internationale en matière pénale / Chapitre IV : Les moyens de coopération judiciaire internationale en matière pénale prévus par l'EIMP, in Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2012 EDA - Etudes en droit de l'art, pp. 189 et ss.

Bomio Giorgio, L'entraide judiciaire internationale dans le domaine des biens culturels, EDA 2011, pp. 23 et ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2021.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Georg, Genève 1997, pp. 167 et ss.

Harari Maurice, Corminboeuf Harari, Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'Etat requérant, in : Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, pp. 77 et ss.

Lubishtani Kastriot, Monod Hadrien, Gauderon Ryan, De l'exception à la règle avec l'art. 80dbis EIMP, in Revue de l'avocat 2021, p. 27 et ss.

Lugentz Frédéric, Rayroud Jacques et Turk Michel, L'entraide pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Editions Larcier, Bruxelles 2014.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, EIMP - TEJUS - LTEJUS - TEXUS, Commentaire romand, Basel 2004.

Office fédéral de la Justice, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, 9ème édition, 2009 (https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/wegleitungen.html).

Pavlidis Georgios, L'entraide judiciaire à des fins de confiscation en droit suisse, in Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, Genève 2012, pp. 262 et ss.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, in ZStStr 2022, pp 157 à 184.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 74a AIMP

Un commentario di Sandrine Giroud / Louise Aellen

CITAZIONE SUGGERITA

Sandrine Giroud/Louise Aellen, Commentario all'art. 74a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Giroud/Aellen, art. 74a AIMP N. XXX.

Art. 74*a* Consegna a scopo di confisca o di restituzione

[1] Gli oggetti o i beni sequestrati a scopo conservativo possono essere consegnati su richiesta all'autorità estera competente a scopo di confisca o di restituzione agli aventi diritto dopo la chiusura della procedura d'assistenza giudiziaria (art. 80*d*).

[2] Gli oggetti o i beni giusta il capoverso 1 comprendono:

a. oggetti con i quali è stato commesso un reato;

b. il prodotto o il ricavo di un reato, il valore di rimpiazzo e l'indebito profitto;

c. i doni o altre liberalità che sono serviti o erano destinati a determinare o a ricompensare l'autore di un reato e il valore di rimpiazzo.

[3] La consegna può avvenire in ogni stadio del procedimento estero, di regola su decisione passata in giudicato ed esecutiva dello Stato richiedente.

[4] Gli oggetti o i beni possono tuttavia essere trattenuti in Svizzera se:

a. il danneggiato cui devono essere restituiti dimora abitualmente in Svizzera;

b. un'autorità fa valere diritti su di essi;

c. una persona estranea al reato, le cui pretese non sono garantite dallo Stato richiedente, rende verosimile di aver acquisito in buona fede diritti su tali oggetti o beni in Svizzera o, in quanto dimorante abitualmente in Svizzera, all'estero;

d. gli oggetti o i beni sono necessari per un procedimento penale pendente in Svizzera o sono suscettibili di essere confiscati in Svizzera.

[5] Se un avente diritto fa valere pretese su oggetti o beni giusta il capoverso 4, la loro consegna allo Stato richiedente viene rimandata fino a quando la situazione giuridica sia chiarita. Gli oggetti o i beni litigiosi possono essere consegnati all'avente diritto solo se:

a. lo Stato richiedente vi acconsente;

b. nel caso del capoverso 4 lettera b, l'autorità dà il suo consenso, o

c. la fondatezza della pretesa è stata riconosciuta da un'autorità giudiziaria svizzera.

[6] I diritti di pegno fiscali sono retti dall'articolo 60.

[7] Non vengono consegnati gli oggetti e i beni di cui al capoverso 1 che spettano alla Svizzera in esecuzione di un accordo di ripartizione in applicazione della legge federale del 19 marzo 2004 sulla ripartizione dei valori patrimoniali confiscati.

STRUTTURA

I. Premessa 336
II. Aspetti generali 337
A. Procedura 337
B. Discrezionalità delle autorità di esecuzione 338
C. Interazione con gli accordi internazionali 340
III. Delimitazioni 342
A. Delimitazione con l'art. 59 AIMP 342
B. Delimitazione con gli artt. 70 e seguenti del Codice Penale 343
C. Delimitazione con l'art. 94 e segg. dell'AIMP 343
D. Delimitazione con la legge sulla privacy 343
IV. Paragrafo 1 - Consegna 344
V. Paragrafo 2 - Oggetti e beni 347
VI. Paragrafo 3 - Momento della consegna 350
VII. Paragrafo 4 - Motivi di rifiuto della consegna 353
A. Diritti della parte lesa (lettera a) 354
B. Diritti di un'autorità (lettera b) 354
C. Diritti dei terzi in buona fede (lett. c) 354
D. Necessità di un procedimento o di una confisca in Svizzera (lett. d) 356
VIII. Paragrafo 5 - Sospensione della consegna 357
IX. Paragrafo 6 - Crediti tributari 358
X. Paragrafo 7 - Divisione dei beni confiscati 359
XI. Rimedi giuridici 359
Bibliografia 361

I. PREMESSA

1 L'AIMP, adottata il 20 marzo 1981, è stata modificata il 4 ottobre 1996. Gli obiettivi della modifica erano, in primo luogo, combattere efficacemente la criminalità economica e, in secondo luogo, porre rimedio alle debolezze del sistema giuridico precedentemente in vigore, semplificando e accelerando la procedura di esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria. I casi Pemex e Marcos hanno evidenziato alcuni punti deboli della legge, come la lunghezza della procedura di esecuzione. Questa si è rivelata eccessiva, sia per i numerosi ricorsi disponibili, sia per la grande diversità delle modalità di svolgimento da un cantone all'altro.

2 Questa revisione ha portato in particolare alla modifica dell'art. 74 AIMP e all'aggiunta del nuovo art. *74a* AIMP, precedentemente combinato con l'art. 74 aEIMP. Essa consente di distinguere tra la consegna di prove allo Stato richiedente, ora disciplinata dall'art. 74 AIMP, e la consegna di oggetti o beni per la confisca o la restituzione al legittimo proprietario nello Stato richiedente, ora disciplinata dall'art. 74a AIMP .

3 L'art. *74a* dell'IMA ha inoltre chiarito la procedura da seguire in caso di consegna di oggetti e beni sequestrati in Svizzera e ha sostituito una complessa giurisprudenza che in precedenza richiedeva che l'ordine di confisca o restituzione straniero fosse soggetto a una procedura di exequatur. Con questa nuova disposizione, è richiesta solo una revisione sommaria della decisione straniera basata sulla constatazione del rispetto dei diritti procedurali fondamentali.

4 Nel dibattito parlamentare, il Consiglio nazionale ha adottato la proposta di articolo *74a* senza discussione. Il Consiglio degli Stati ha accettato la proposta di introdurre i termini “di regola” nel capoverso. Il Consiglio degli Stati ha accettato la proposta di inserire le parole “di regola” nel paragrafo 3, ma ha rifiutato di modificare la disposizione in modo da subordinare la consegna dei proventi di reato in tutti i casi all'esistenza di una sentenza definitiva ed esecutiva nello Stato richiedente. Il Consiglio nazionale ha approvato questa soluzione.

II. ASPETTI GENERALI

A. Procedura

La revisione del 1996 dell'AIMP ha operato una distinzione tra il sequestro probatorio, che riguarda solo i mezzi di prova, e il **sequestro preventivo**, che riguarda oggetti o beni a scopo di confisca. Il sequestro preventivo può essere finalizzato solo alla restituzione degli oggetti o dei beni al legittimo proprietario o alla parte lesa (che può essere lo Stato richiedente), oppure alla loro confisca o distruzione. Nel caso della restituzione, la conseguenza è il ripristino della situazione precedente dell'avente diritto. L'articolo 74*a* dell'IMA consente quindi, su richiesta dello Stato richiedente, la consegna di beni sequestrati in Svizzera ai fini della confisca o della restituzione all'avente diritto nello Stato richiedente. 5

La consegna ai fini della restituzione può ora avvenire in linea di principio in **tutte le fasi del procedimento estero**, a condizione che lo Stato richiedente emetta una decisione definitiva ed esecutiva (art. *74a* cpv. 3 AIMP). Il principio di fiducia tra gli Stati ci porta ad accettare che, come regola generale, nulla impedisca la consegna di oggetti o beni una volta che lo Stato richiedente abbia emesso una decisione e che quindi non sia necessario procedere all'exequatur della decisione, ai sensi degli artt. 94 e seguenti dell'AIMP. 6

L'espressione **"di norma"** è stata utilizzata dal legislatore per consentire, in via eccezionale, una procedura rapida e meno formale nei casi in cui la restituzione è chiaramente necessaria, ad esempio quando non vi sono dubbi sull'origine illecita dei beni sequestrati e sui meriti della loro restituzione all'avente diritto (cfr. *infra* N. 42 e 47). 7

Prima di procedere alla consegna mediante assistenza reciproca ai fini della confisca o della restituzione, l'autorità competente deve **essere in possesso degli oggetti e dei beni da restituire**. A tal fine, può ordinare misure provvisorie ai sensi dell'articolo 18 dell'AIMP, come un sequestro conservativo. Gli oggetti o i beni possono essere infine consegnati allo Stato richiedente a seguito di una decisione esecutiva definitiva ai sensi dell'art. *80 D*. La consegna di oggetti e valori ai sensi dell'art. *74a* EIMP - a differenza della consegna di prove - è definitiva e lo Stato estero può disporre degli 8

oggetti o valori consegnati. Dopo il trasferimento, la Svizzera perde ogni controllo su di essi.

9 L'articolo 74a AIMP è integrato dall'articolo 33a AIMP , che disciplina la durata del sequestro.

10 La consegna di oggetti e beni in vista della loro confisca o restituzione costituisce una grave violazione dei diritti fondamentali della persona interessata. A differenza dell'art. 74 dell'AIMP, la violazione dei diritti fondamentali è più grave, poiché gli oggetti e i beni sono consegnati definitivamente alla persona interessata. I diritti fondamentali colpiti comprendono la garanzia della proprietà (art. 26 Cost.), la libertà economica (art. 27 Cost.) e la tutela della privacy (artt. 13 Cost. e 8 CEDU). Un ordine di consegna basato sull'art. 74a*AIMP* deve quindi rispettare le condizioni dell'art. 36 della Costituzione svizzera.

B. Discrezionalità delle autorità di esecuzione

11 Si tratta di una **disposizione potestativa** (*Kann-Vorschrift*), a differenza degli articoli 59 e 74 AIMP. L'autorità di esecuzione svizzera deve quindi valutare tutte le circostanze del caso per stabilire se e quando debba avvenire la consegna; a tal fine dispone di un ampio potere discrezionale. Se tale potere non le consente di mettere in discussione - fatta salva una violazione dell'ordine pubblico - il contenuto della decisione straniera, l'autorità di esecuzione è tenuta a verificare se la collaborazione richiesta rientra nel quadro autorizzato dall'art. *74a* AIMP. In questo modo, l'autorità richiesta può assicurarsi che i beni di cui si chiede la restituzione corrispondano effettivamente agli oggetti descritti nell'art. 74 cpv. 2 lett. a-c dell'AIMP, ossia che si tratti effettivamente dello strumento o dei proventi del reato, o anche della ricompensa assegnata all'autore del reato. Il procedimento estero deve inoltre soddisfare le garanzie generali derivanti dalla CEDU o dal Patto ONU II. Le richieste della parte lesa, di un'autorità o di terzi acquirenti in buona fede, nonché i requisiti del procedimento penale in Svizzera, devono essere presi in considerazione ai sensi dell'art. *74a* cpv. 4 AIMP.

12 Se necessario, l'autorità di esecuzione svizzera può **chiedere** allo Stato richiedente di fornire **informazioni supplementari** (art. 80o AIMP). Può anche subordinare la concessione dell'assistenza giudiziaria a **condizioni** se la procedura estera presenta determinate carenze che possono essere colmate

da garanzie dello Stato estero (art. 80p AIMP). Tali condizioni possono comprendere l'impegno a rispettare le norme procedurali, in particolare quelle previste dagli strumenti internazionali, la garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'autorità giudicante o il rispetto del principio di specialità. Queste garanzie possono essere ottenute *a posteriori*. Tuttavia, tali garanzie devono essere trattate con cautela. Anche se possibile, l'applicazione dell'art. 80p*AIMP* alla consegna dei beni allo Stato richiedente dovrebbe essere messa in prospettiva, poiché una consegna basata sull'art. 74a AIMP è in linea di principio possibile solo sulla base di una decisione definitiva ed esecutiva nello Stato estero. In caso contrario, l'assistenza giudiziaria dovrebbe essere rifiutata.

13 Il TF ha più volte sottolineato la necessità di tenere conto dei **diritti delle persone danneggiate** dal reato in questione e di garantire che la consegna allo Stato richiedente ai sensi dell'articolo *74a* AIMP non vada a loro discapito. Stando così le cose, per il momento la Corte federale ha accettato solo in modo restrittivo una consegna basata sull'articolo *74a* AIMP con condizioni specifiche. Il caso riguardava la consegna anticipata alle Filippine di beni appartenenti all'ex capo di Stato filippino Ferdinand Marcos e alla sua famiglia, prima che fosse emesso un ordine di confisca. La Corte ha lasciato aperta la possibilità che le vittime delle violazioni dei diritti umani commesse da Ferdinand Marcos e dal suo regime possano chiedere un risarcimento sui fondi da consegnare alle Filippine. Ha inoltre sottolineato la necessità di interpretare l'art. 74a dell'AIMP alla luce (i) dei principi alla base dell'AIMP, tra cui il rispetto dei diritti umani sancito dall'art. 2 dell'AIMP, e (ii) degli obblighi internazionali della Svizzera, tra cui in particolare la garanzia dei diritti previsti dal Patto II delle Nazioni Unite e dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, tra cui il diritto a un processo equo e il diritto a ottenere un risarcimento. Nella misura in cui lo Stato richiedente non è in grado di attuare tali diritti, la Svizzera deve tenerne conto, in particolare subordinando l'assistenza giudiziaria a specifici impegni dello Stato richiedente, come consentito dall'art. 80p AIMP. Tuttavia, il Tribunale federale ha sottolineato che, anche se lo Stato filippino fosse obbligato a risarcire le vittime in virtù dei suoi obblighi internazionali, l'assistenza reciproca richiesta dovrebbe consentirgli di decidere cosa fare dei beni in questione, richiamando così la sovranità dello Stato richiedente sui beni da consegnare.

C. Interazione con gli accordi internazionali

14 Ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 dell'AIMP, le leggi o gli accordi internazionali prevalgono sull'AIMP. Le disposizioni del trattato prevalgono sul diritto interno che disciplina la materia, ossia l'AIMP e l'AIMP, che sono applicabili nel caso di questioni non regolate esplicitamente o implicitamente dal diritto del trattato e quando il diritto interno è più favorevole all'assistenza reciproca. In base al **principio di favore**, deve essere applicata la legge più favorevole all'assistenza reciproca. L'esistenza di un trattato non priva la Svizzera del diritto di concedere l'assistenza giudiziaria in base a norme più ampie del suo diritto interno, poiché i trattati di assistenza giudiziaria hanno lo scopo di promuovere la cooperazione internazionale; non precludono quindi una più ampia concessione di tale assistenza in base al diritto svizzero. I trattati internazionali pertinenti relativi all'art. 74a AIMP sono i seguenti:

- **La Convenzione europea di estradizione del** 13 dicembre 1957, entrata in vigore in Svizzera il 20 marzo 1967, che consente la consegna di oggetti passibili di sequestro o confisca, ma solo a condizione di restituzione (art. 20 al. 3 CEExtr) e fatti salvi i diritti dello Stato richiesto o di terzi su tali oggetti (art. 20 al. 4 CEExtr).
- **La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale** del 20 aprile 1959, entrata in vigore in Svizzera il 20 marzo 1967, non tratta direttamente la consegna di beni e valori. È tuttavia prevista dall'art. 12^{2e} p.a. della CECG.
- **La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato** dell'8 novembre 1990, entrata in vigore in Svizzera il 1° settembre 1993. Si tratta di una convenzione speciale che integra la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, ai sensi dell'art. 26, par. 2 e par. 3 della CEGC.

La CBI è un importante strumento di cooperazione internazionale per regolare le indagini e la confisca degli strumenti e dei proventi di un reato (art. 7 CBI). Essa stabilisce uno standard minimo di misure da adottare a livello nazionale (Capitolo II) e stabilisce il principio della più ampia cooperazione possibile in tutte le fasi del procedimento penale (Capitolo III). Queste diverse misure sono ordinate in conformità con il diritto interno, che si applica anche quando stabilisce condizioni più favorevoli all'assistenza reciproca. L'articolo 13 impone allo Stato richiesto l'obbligo di confiscare i proventi di reato, sia

eseguendo un ordine di confisca straniero sia avviando un procedimento nazionale. Il diritto svizzero, attraverso gli artt. *74a* cpv. 2 AIMP e 94 e seguenti AIMP relativi rispettivamente alla consegna di strumenti e proventi di reato e all'esecuzione di decisioni straniere, è quindi conforme ai requisiti della Convenzione. La Corte ha sottolineato che l'IWC non consente di stabilire metodi di cooperazione che non siano previsti dal diritto nazionale.

Restano riservati accordi diversi tra gli Stati firmatari della Convenzione, ad esempio che prevedano la condivisione dei proventi confiscati tra gli Stati cooperanti.

- **La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione** del 31 ottobre 2003, entrata in vigore in Svizzera il 24 ottobre 2009, è uno strumento globale di lotta alla corruzione. Dedica un capitolo importante al recupero dei beni di origine illecita (Capitolo V). È il primo strumento internazionale a stabilire, a livello multilaterale, il principio della restituzione, a determinate condizioni, dei beni acquisiti illecitamente (art. 57). Al momento dell'adozione, il Consiglio federale ha ritenuto che l'UNCAC non comportasse alcuna modifica del diritto interno, in quanto la Svizzera aveva già recepito i principi enunciati nell'UNCAC nella propria legislazione, in particolare per quanto riguarda la confisca dei beni già disciplinata dagli artt. 70 e seguenti del CP e 74a dell'*AIMP*. In caso di appropriazione indebita di beni pubblici, l'art. 57 par. 3 lett. a UNCAC prevede l'obbligo di consegnare i beni confiscati allo Stato richiedente quando la confisca è stata eseguita in conformità all'art. 55 UNCAC e sulla base di una sentenza definitiva emessa nello Stato richiedente, requisito a cui lo Stato richiesto può rinunciare. Non esiste un diritto automatico a favore dello Stato richiedente in altri casi, in particolare quelli di cui all'art. 57 par. 3 lett. b e c UNCAC. Nei casi in cui lo Stato richiedente non possa far valere diritti prioritari sui beni confiscati, si dovranno trovare altre soluzioni, in particolare a favore delle vittime della corruzione.
- **Convenzione dell'Unesco sui mezzi per proibire e prevenire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà illeciti di beni culturali** del 14 novembre 1970, entrata in vigore in Svizzera il 3 gennaio 2004. Il suo scopo è migliorare la protezione dei beni culturali negli Stati contraenti e salvaguardare il patrimonio culturale dell'umanità attraverso la cooperazione internazionale. Stabilisce gli standard minimi legali e amministrativi che gli Stati contraenti devono applicare per ridurre

il commercio illecito di beni culturali. I suoi punti cardine sono la lotta al furto, agli scavi clandestini e all'importazione ed esportazione illegale di beni culturali. La Convenzione chiede inoltre la restituzione dei beni culturali rubati e la restituzione dei beni esportati illegalmente. La Convenzione dell'Unesco del 1970 non è tuttavia direttamente applicabile e richiede che gli Stati parte legiferino per la sua attuazione. È quanto ha fatto la Svizzera con la LTBC, entrata in vigore il1° giugno 2005. L'art. 7 della Convenzione dell'Unesco prevede che gli Stati contraenti adottino misure appropriate per sequestrare e restituire i beni rubati su richiesta del Paese d'origine, "a condizione che lo Stato richiedente paghi un equo compenso alla persona che è l'acquirente in buona fede". L'art. 13 della Convenzione Unesco completa questo sistema richiedendo agli Stati contraenti di accettare azioni per la restituzione dei beni culturali persi o rubati.

La Convenzione Unesco del 1970 non prevede alcuno strumento per la restituzione dei beni culturali rubati o esportati illegalmente, nel rispetto dei diritti dell'acquirente in buona fede. Per questo motivo, nel 1984, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT) è stato incaricato dall'Unesco di redigere una convenzione per regolamentare questi ambiti, che ha dato vita alla Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o esportati illegalmente del 24 giugno 1995. La Svizzera ha firmato la Convenzione il 26 giugno 1996, ma non l'ha ratificata. La Convenzione UNIDROIT stabilisce che i beni culturali rubati (o derivanti da scavi illegali) sono soggetti al diritto di restituzione per 50 anni (75 anni in casi eccezionali) (art. 3); analogamente, i beni culturali esportati illegalmente, la cui esportazione danneggia importanti interessi culturali o scientifici, sono soggetti al diritto di restituzione per 50 anni (art. 5). Se il bene culturale è stato acquistato in buona fede, l'acquirente ha diritto a un equo compenso (artt. 4 e 6).

III. DELIMITAZIONI

A. Delimitazione con l'art. 59 AIMP

15 L'art. 74a AIMP è la controparte dell'art. 59 AIMP, che si applica all'estradizione. L'art. 59 AIMP non crea una procedura di consegna separata da quella prevista dagli artt. 74 e 74a*AIMP* . Tuttavia, consente di consegnare

all'autorità richiedente, al momento dell'estradizione, oggetti o valori in possesso della persona da estradare.

B. Delimitazione con gli artt. 70 e seguenti del Codice Penale

Mentre gli artt. 70 e segg. del CP stabiliscono le condizioni per la confisca dei beni nei procedimenti penali svizzeri, l'art. 70 e segg. del CP stabilisce le condizioni per la confisca dei beni. 74a *AIMP* elenca i casi in cui la Svizzera, in quanto Stato richiesto, può trattenere gli oggetti o i beni in questione o sospenderne la consegna allo Stato richiedente, in particolare se gli oggetti o i beni sono necessari per un procedimento penale in corso in Svizzera o se è probabile che vengano confiscati in Svizzera (art. *74a* cpv. 4 lett. d AIMP). 16

C. Delimitazione con l'art. 94 e segg. dell'AIMP

Gli articoli 74a AIMP e 94 e seguenti AIMP sono due procedure distinte per l'esecuzione delle decisioni di confisca straniere. Secondo Bottinelli, l'art. *74a*, che consente di consegnare i beni all'autorità straniera "in vista della confisca o della restituzione al legittimo proprietario", costituisce una procedura di estradizione: i beni vengono consegnati allo Stato straniero affinché questo possa far valere nei loro confronti la propria decisione di confisca nazionale; viceversa, l'exequatur previsto dagli artt. 94 e segg. AIMP equivale a trasformare la decisione di confisca straniera in una decisione di confisca svizzera. Queste procedure hanno quindi un diverso centro di gravità: nel caso dell'art. 74a AIMP , il centro di gravità sarà nello Stato richiedente, che opererà secondo il proprio diritto interno, mentre nel secondo caso il centro di gravità sarà in Svizzera, dove la decisione straniera dovrà essere attuata. 17

D. Delimitazione con la legge sulla privacy

La legge sulla privacy è una legge innovativa che regola il congelamento, la confisca e la restituzione di beni di persone politicamente esposte all'estero o di loro strette relazioni, quando vi è motivo di ritenere che tali beni siano stati acquisiti attraverso atti di corruzione o di gestione sleale o attraverso altri reati. Il provvedimento fa seguito alla prassi del Consiglio federale di congelare i beni dei potentati, precedentemente basata sull'art. 184 cpv. 3 della Costituzione svizzera e successivamente codificata nella Legge federale sulla restituzione dei beni di origine illecita di persone politicamente esposte del 1° ottobre 2010 (Legge sulla restituzione dei beni illeciti, LRAI), che la 18

Legge sulla privacy sostituisce e integra. La legge sulla privacy prevede un duplice meccanismo per il congelamento dei beni: il congelamento preventivo in vista dell'assistenza legale reciproca (art. 3 della legge sulla privacy) e il congelamento in vista della confisca se l'assistenza legale reciproca fallisce (art. 4 della legge sulla privacy). Il congelamento preventivo mira a sostenere le indagini penali e l'assistenza giudiziaria internazionale congelando i beni in modo da non rendere impossibile il loro futuro ritorno nello Stato di origine. Il congelamento confiscatorio entra in gioco solo in una fase successiva del procedimento, quando la restituzione attraverso l'assistenza giudiziaria internazionale si è rivelata impossibile. L'LVP è quindi un sistema sussidiario all'assistenza giudiziaria internazionale prevista dall'AIMP, che può essere utilizzato solo in casi specifici e limitati.

19 Il congelamento confiscatorio LVP è in linea di principio seguito da una procedura di confisca (artt. 14-16 LVP) o da una procedura di restituzione (artt. 17-19 LVP). L'art. 14 cpv. 4 della legge sulla privacy prevede espressamente il carattere sussidiario di una confisca basata sulla legge sulla privacy rispetto ai meccanismi di consegna e confisca previsti dall'AIMP.

IV. PARAGRAFO 1 - CONSEGNA

20 Ai sensi dell'art. *74a* par. 1 AIMP, su richiesta dell'autorità straniera competente, gli oggetti o i beni sequestrati a scopo di custodia possono, al termine della procedura di assistenza reciproca (art. *80d* AIMP), essere ad essa **consegnati ai fini della confisca o della restituzione al legittimo proprietario**. In generale, il sequestro è finalizzato a garantire l'esecuzione degli atti di assistenza richiesti e porta necessariamente a una decisione successiva. Il paragrafo 1 ribadisce che il fine ultimo del sequestro di oggetti o beni nell'ambito di un procedimento di assistenza giudiziaria è la loro consegna allo Stato richiedente, che ordina la confisca o la restituzione dei beni sequestrati nell'ambito di un procedimento interno.

21 In linea di principio, lo Stato richiedente deve richiedere il **sequestro cautelare** prima o insieme alla richiesta di consegna. Se lo Stato richiedente non fa espressamente tale richiesta, tuttavia, si accetta che la richiesta di consegna dello Stato richiedente includa anche una richiesta di misure cautelari, ossia una richiesta di sequestro implicito. La giurisprudenza arriva persino ad autorizzare la Svizzera a congelare i fondi potenzialmente sottratti se è probabile che lo Stato richiedente ne chieda la restituzione ai sensi

dell'articolo *74a* dell'AIMP. L'autorità di esecuzione può quindi procedere al sequestro conservativo in assenza di una richiesta esplicita, soprattutto se c'è il rischio che la situazione si deteriori (art. 18 par. 2 AIMP). In questo caso, deve chiedere all'autorità richiedente di chiarire questo punto.

Per contro, affinché la Svizzera consegni i beni e gli averi è necessaria una richiesta esplicita di restituzione da parte dello Stato richiedente, in quanto una **richiesta di sequestro non equivale di per sé a una richiesta di consegna**. In linea di principio, la consegna allo Stato richiedente avviene sulla base di una sentenza definitiva ed esecutiva che dispone la confisca o la consegna al legittimo proprietario (cfr. N. 42 e 47) . 22

L'**art. 33*bis* OEIMP** specifica che gli **oggetti e i beni rimangono sequestrati** fino a quando non si riceve una decisione definitiva ed esecutiva da parte dello Stato richiedente o fino a quando lo Stato richiedente non rende noto che tale decisione non è più possibile in base alla propria legge, in particolare a causa della prescrizione. In particolare, il Tribunale federale ha stabilito che le misure di sequestro devono essere mantenute anche se la procedura di assistenza giudiziaria è sospesa. La Svizzera restituirà gli oggetti e i beni nonostante il verificarsi della prescrizione secondo la legge svizzera, a condizione che la prescrizione non fosse scaduta al momento del sequestro. 23

La durata del sequestro deve tuttavia rispettare il principio di **proporzionalità** e non può protrarsi all'infinito. Nel caso di procedimenti amministrativi avviati su richiesta di uno Stato estero, la prassi è generalmente più tollerante per quanto riguarda la durata del sequestro rispetto ai procedimenti penali. Tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto in diverse occasioni che questo sistema può portare a situazioni inaccettabili. Di conseguenza, dopo un certo periodo di tempo, le autorità svizzere possono essere costrette a revocare il sequestro o a rifiutare l'assistenza giudiziaria. L'interesse privato dei proprietari dei beni sequestrati deve essere soppesato con l'interesse pubblico dello Stato richiedente e con l'interesse privato delle vittime a ottenere la consegna dei beni in vista della confisca o della restituzione, nonché con il dovere della Svizzera di adempiere ai propri obblighi internazionali e di non fungere da rifugio sicuro per i fondi di origine criminale. 24

La proporzionalità della misura è valutata in particolare in base allo svolgimento e all'avanzamento del procedimento nello Stato richiedente. A 25

seconda delle circostanze, l'autorità di esecuzione può essere tenuta al corrente degli sviluppi del procedimento estero. L'analisi della proporzionalità dei sequestri contestati deve basarsi anche sul grado di complessità del caso. Quando né lo Stato richiedente né l'autorità di esecuzione possono essere accusati di un particolare ritardo, la durata del sequestro non è di per sé sufficiente a giustificare la revoca della misura o il rifiuto dell'assistenza giudiziaria. Nell'analisi della proporzionalità possono essere presi in considerazione anche criteri diversi, a seconda delle caratteristiche specifiche del caso, come l'adozione di una nuova legislazione in materia di confisca che richiederebbe la reintroduzione di una richiesta nello Stato richiedente sulla base di queste nuove disposizioni, il fatto che l'imputato sia latitante, il che rende difficile condurre un'indagine all'estero, o la necessità della persona interessata dalla misura di assistenza giudiziaria di avere accesso ai fondi congelati.

26 Sulla base di questi criteri, il Tribunale federale ha ritenuto, nell'ambito dell'assistenza giudiziaria con le Filippine nel caso Marcos, che il principio di proporzionalità non fosse stato violato anche se erano trascorsi quindici anni dal sequestro, con un termine finale concesso cinque anni dopo alle autorità richiedenti per emettere una decisione di primo grado che ordinasse la confisca di beni sequestrati da più di vent'anni. Al contrario, nel caso Duvalier, ha respinto una richiesta di assistenza giudiziaria di Haiti tredici anni dopo l'emissione di un ordine di sequestro, poiché lo Stato richiedente non aveva risposto alle richieste di informazioni per dimostrare che aveva ancora interesse a dare esecuzione alla richiesta.

27 I procedimenti basati sull'articolo *74a* dell'IMP comportano inevitabilmente il trascorrere di diversi anni tra il sequestro e la consegna dei beni, in particolare a causa dei requisiti procedurali dello Stato richiedente. Inoltre, alcuni reati o misure di confisca sono soggetti a termini di prescrizione molto lunghi in alcuni Stati, o non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione. Mantenere la confisca dei beni e delle proprietà durante questo periodo crea quindi il rischio di una restrizione sproporzionata dei diritti fondamentali delle persone interessate, in particolare la garanzia della proprietà prevista dall'art. 26 cpv. 1 della Costituzione svizzera o l'obbligo di agire tempestivamente sancito dall'art. 29 cpv. 1 della Costituzione svizzera. Per questi motivi, alcuni giuristi ritengono che l'art. *33a* OEIMP (cfr. *supra*, par. 23) non costituisca una base giuridica sufficiente a giustificare la significativa violazione derivante da

un sequestro in vista della consegna ai sensi dell'art. 74a AIMP . Al contrario, questa grave restrizione dei diritti fondamentali richiede una base giuridica formale.

Il congelamento o la consegna di oggetti e beni deve inoltre rispettare i principi stabiliti dall'art. 2 let. a AIMP, che prevede che una richiesta di assistenza debba essere rifiutata se il procedimento all'estero non rispetta alcune garanzie procedurali fondamentali. L'art. 2 let. a AIMP si applica innanzitutto all'estradizione e ai casi in cui l'imputato si trova sul territorio dello Stato richiedente e può far valere un rischio concreto di violazione dei suoi diritti procedurali. Secondo il TF, la consegna di oggetti e valori deve essere trattata alla stregua dell'estradizione nella misura in cui conferisce allo Stato richiedente il controllo sull'imputato o sui suoi beni, il che giustifica l'applicazione dell'art. 2 lett. a AIMP in tali casi. 28

Le misure di coercizione imposte nei procedimenti di assistenza giudiziaria devono comunque rispettare il **principio della doppia incriminazione**. Le autorità svizzere possono quindi consegnare oggetti o beni all'autorità richiedente solo in vista della confisca o della restituzione al legittimo proprietario, a condizione che la confisca o la consegna al legittimo proprietario sia conforme all'articolo 70 o all'articolo 73 del CP. 29

Infine, la consegna allo Stato richiedente non può avvenire prima dell'entrata in vigore di una **decisione di chiusura** della procedura di assistenza giudiziaria svizzera (art. *80d* AIMP), che avverrà al termine di una procedura ordinaria o semplificata (art. 80c AIMP) se l'interessato vi acconsente. 30

V. PARAGRAFO 2 - OGGETTI E BENI

L'art. *74a* cpv. 2 AIMP specifica la natura degli oggetti e dei beni da cedere. L'elenco di cui all'art. 74a*cpv.* 2 AIMP è identico a quello dell'art. 59 cpv. 3 AIMP e riflette le definizioni di cui agli artt. 70 e segg. del CP. L'elenco dell'art. 74a AIMP deve essere considerato esaustivo. 31

In primo luogo, essi comprendono gli **strumenti utilizzati per commettere il reato** (*instrumenta sceleris*, lett. a). Si tratta di oggetti che mettono in pericolo l'incolumità personale, la morale o l'ordine pubblico, come le armi, le macchine utilizzate per battere moneta falsa o gli assegni falsi. 32

33 Essi comprendono poi i **proventi del reato** (*producta sceleris*, let. b *ab initio*) e il **risultato del reato** (*quaesita sceleris* o *fructa sceleris*, let. b *ab initio*). Il primo si riferisce agli oggetti e ai valori ottenuti come risultato della commissione del reato, come il dipinto rubato o la somma di denaro coinvolta nella frode, mentre il secondo si riferisce agli oggetti e ai valori prodotti come risultato del reato, come il dipinto falsificato, il denaro contraffatto o le tangenti. Anche i fondi sottratti a un titolo esecutivo costituiscono il risultato del reato.

34 Ciò include anche il **vantaggio illecito** (let. b *in ammenda*), che comprende qualsiasi aumento del patrimonio dell'autore del reato come risultato della sua condotta illecita. Non è necessario che questo vantaggio sia di natura pecuniaria o che sia stato ottenuto a spese di altri. In genere, si tratta di interessi maturati sul denaro rubato depositato in banca. I profitti derivanti da transazioni effettuate con fondi di origine criminale sono assimilati a vantaggi illeciti.

35 Questi possono anche includere**doni e altri benefici che sono stati utilizzati o destinati a essere utilizzati per decidere o ricompensare l'autore del reato** (*praetium sceleris*, let. c).

36 Infine, se i proventi, i risultati o i vantaggi illeciti ottenuti come risultato del reato (lett. b) o i doni e gli altri vantaggi utilizzati o destinati a essere utilizzati per decidere o ricompensare l'autore del reato (lett. c) non sono più disponibili, la remissione può riguardare i **valori sostitutivi** (lett. b e c *in fine*) acquisiti in cambio di essi. Questi beni rimangono confiscabili finché il loro movimento può essere ricostruito in modo tale da stabilire il loro legame con il reato.

37 Questi oggetti e beni devono necessariamente essere **collegati** al reato. Tale collegamento si ha quando esiste un nesso causale tra il reato e l'ottenimento degli oggetti e dei beni tale che il secondo appare come la conseguenza diretta e immediata del primo. In altre parole, il reato deve essere la causa essenziale e appropriata per ottenere i beni da confiscare. Ciò avviene quando i proventi originari del reato possono essere identificati con certezza e documentati, ovvero quando la loro " *tracciacartacea*" può essere ricostruita in modo tale da stabilire un legame con il reato. Questa regola si basa anche sul principio di specialità. I beni ottenuti esclusivamente come

risultato di un reato, senza alcun collegamento con il reato, non sono quindi soggetti a confisca.

La questione dell'ammissibilità di un sequestro per soddisfare una **richiesta di risarcimento** non è espressamente disciplinata dall'art. 74a cpv. 2 dell'EIMP. Seguendo l'adagio secondo cui "il crimine non paga", alcuni autori ritengono che questa sia una lacuna che dovrebbe essere colmata dalla giurisprudenza. Essi fanno riferimento in particolare all'art. 71 cpv. 3 del CP, che sarebbe applicabile in virtù del riferimento generale dell'art. 12 dell'AIMP. Tuttavia, un'altra parte della dottrina si schiera, a nostro avviso a ragione, a favore del silenzio qualificato. Essa giustifica la propria posizione sostenendo che l'art. *74a* cpv. 2 dell'IMA richiede un collegamento tra il reato commesso, da un lato, e gli oggetti o i beni sequestrati, dall'altro, che manca nel caso della domanda di risarcimento. Inoltre, l'istituto della domanda di risarcimento era noto al momento della revisione dell'AIMP, per cui il legislatore ha deciso consapevolmente di non includerlo nel meccanismo dell'art. 74a AIMP. Inoltre, non esiste nessun'altra disposizione nel campo dell'assistenza reciproca su piccola scala che autorizzi i sequestri in vista del pagamento di una richiesta di risarcimento. Inoltre, la consegna dei fondi allo Stato estero ai fini di un credito risarcitorio conferirebbe un diritto preferenziale ingiustificato dal punto di vista del diritto del recupero crediti, nella misura in cui tale diritto preferenziale non esiste nel diritto interno (art. 71, cpv. 3 CP). Infine, la consegna per il pagamento di un credito risarcitorio non garantirebbe una sufficiente protezione e parità dei creditori, come nel caso della procedura prevista dall'art. 71 CP. In ogni caso, le sentenze straniere che concedono un risarcimento possono essere eseguite in Svizzera sulla base dell'art. 94 e seguenti dell'AIMP (esecuzione delle sentenze). La posizione dei tribunali è stata a lungo confusa. La giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale ha subito notevoli oscillazioni, accettando talvolta la consegna di beni ai fini di una richiesta di risarcimento e talvolta escludendola dall'ambito di applicazione dell'art. *74a* AIMP. Dopo un approfondito ragionamento, il Tribunale federale ha seguito definitivamente quest'ultimo approccio, ritenendo che l'omissione della richiesta di risarcimento dall'art. *74a* AIMP costituisca un silenzio qualificato da parte del legislatore. Ne consegue che qualsiasi rimessa di beni in virtù di una decisione straniera che imponga una sanzione corrispondente a una richiesta di risarcimento in Svizzera può essere considerata solo in applicazione degli articoli 94 e seguenti dell'AIMP. A questo proposito, la terminologia utilizzata dallo Stato

38

estero è di scarsa importanza. Ciò che è decisivo è se, nel caso di specie, le autorità svizzere avrebbero ordinato una confisca o una richiesta di risarcimento.

39 Questi sviluppi sono tuttavia limitati dall'articolo 7, paragrafo 2, lettera b), CBI, con il quale la Svizzera si è impegnata a stabilire una base giuridica per la rimessa di fondi allo scopo di pagare una richiesta di risarcimento. Allo stato attuale, questa disposizione non è direttamente applicabile e non è ancora stata recepita nel diritto svizzero. *De lege ferenda*, tuttavia, l'art. *74a* cpv. 2 AIMP dovrebbe menzionare espressamente la richiesta di risarcimento.

40 Se la richiesta straniera riguarda la consegna di fondi derivanti dalle attività di un'**organizzazione criminale**, la norma dell'art. 72 CP si applica alla consegna ai sensi dell'art. *74a* cpv. 3 AIMP. L'articolo 72 del CP prevede la confisca dei beni di cui un'organizzazione criminale ha il potere di disporre, unitamente all'inversione dell'onere della prova a carico della persona che ha partecipato o sostenuto tale organizzazione. Il Tribunale federale ha utilizzato questa disposizione per confiscare beni considerati appartenenti a **potentati**. In particolare, ha definito l'entourage dell'ex presidente nigeriano Sani Abacha come un'organizzazione criminale ai sensi dell'art. 260ter del CP e ha stabilito che la struttura creata da Abacha aveva lo scopo di sottrarre fondi alla Banca Centrale della Nigeria per scopi privati, nonché di trarre profitto da operazioni di corruzione. Di conseguenza, si presume che i fondi appartenenti a un'organizzazione criminale siano di origine criminale, a meno che i detentori non dimostrino il contrario. Se non riescono a confutare la presunzione di cui alla seconda frase dell'art. 72 CP, viene ordinata la consegna ai sensi dell'art. *74a* cpv. 3 AIMP, senza alcun ulteriore esame dell'origine dei fondi rivendicati.

41 Infine, l'art. *74a* cpv. 2 AIMP si riferisce solo agli oggetti e ai beni di cui l'**autore del reato può disporre**. Tuttavia, non è richiesto il possesso immediato, per cui è consentito il sequestro di beni depositati presso terzi, come ad esempio i saldi bancari.

VI. PARAGRAFO 3 - MOMENTO DELLA CONSEGNA

42 Ai sensi dell'art. *74a* cpv. 3 AIMP, la consegna non deve più attendere la fine del procedimento penale estero. Può avvenire **in qualsiasi fase del procedimento penale straniero**, di norma quando lo Stato richiedente ha

emesso un'ordinanza definitiva ed esecutiva di confisca o restituzione. Non è quindi necessario che l'imputato sia già stato condannato con sentenza definitiva; la presunzione di innocenza non costituisce quindi un ostacolo alla consegna. In pratica, la confisca o la restituzione dei beni o degli oggetti sequestrati è spesso possibile solo dopo che il procedimento penale e di sequestro all'estero è stato completato, in linea di principio se esiste un ordine di confisca esecutivo.

Il provvedimento straniero può essere emesso da un'**autorità penale, civile o amministrativa**. L'art. *74a* AIMP richiede solo che la confisca (o la restituzione) riguardi oggetti o beni ottenuti con mezzi criminali (art. *74a* par. 2 AIMP) e che sia ordinata da un tribunale. È sufficiente un ordine di confisca indipendente (per analogia con l'art. 376 del Codice di procedura penale). 43

L'ordine di confisca o restituzione emesso dallo Stato richiedente **determina l'origine illecita degli** oggetti e dei beni sequestrati e il loro **legittimo proprietario**, e **ne ordina la confisca o la restituzione al legittimo proprietario**. Essa chiarisce i fatti e costituisce una decisione vincolante ai sensi della legge dello Stato richiedente, sulla base della quale le autorità dello Stato richiesto possono generalmente ordinare la restituzione degli oggetti o dei beni confiscati senza ulteriori azioni. Allo stesso tempo, il requisito di una decisione esecutiva consente allo Stato richiesto di verificare a posteriori la conformità della decisione allo Stato di diritto. 44

Durante la procedura di consultazione, si sono levate diverse voci a favore della possibilità di subordinare la consegna di oggetti o beni da parte della Svizzera a una **procedura di exequatur** della decisione straniera, al fine di consentirne il riesame nel merito. Tuttavia, il Consiglio federale ha ritenuto che il principio di fiducia tra gli Stati, particolarmente importante nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, non autorizzasse la Svizzera a riesaminare il merito delle decisioni prese da un'autorità giudiziaria straniera sovrana, a condizione che tali decisioni non violassero manifestamente l'ordine pubblico svizzero o i principi fondamentali della CEDU. Inoltre, un ordine di confisca o di restituzione straniero non dovrebbe essere oggetto di un ordine di exequatur ai sensi della quinta parte dell'AIMP, in quanto non si tratta di una sanzione ai sensi dell'art. 11 dell'AIMP. 45

La Svizzera **non è** quindi **autorizzata a esaminare il merito delle** decisioni di un'autorità giudiziaria straniera indipendente, a meno che tali decisioni non 46

violino manifestamente l'ordine pubblico svizzero o i principi fondamentali della CEDU. È sufficiente che l'autorità di esecuzione effettui un esame sommario della decisione straniera dopo aver accertato che lo Stato straniero è uno Stato di diritto e che rispetta i principi generali citati. Se necessario, l'autorità di esecuzione può chiedere allo Stato richiedente informazioni supplementari (art. *80o* AIMP) o subordinare la concessione dell'assistenza reciproca a condizioni (art. *80p* AIMP).

47 **Eccezionalmente**, l'autorità di esecuzione può anche accogliere una richiesta di consegna **prima della conclusione del procedimento estero** e quindi in assenza di una decisione definitiva ed esecutiva, come indicato dall'espressione "di norma". L'articolo *74a*, paragrafo 3, non specifica i motivi per cui ci si può discostare dalla regola generale, conferendo così all'autorità di esecuzione un ampio potere discrezionale. Tuttavia, tale discrezionalità non deve avere l'effetto di svuotare di significato il requisito di una decisione definitiva ed esecutiva. Per procedere a una consegna anticipata, la situazione deve essere chiara, sia in termini di identificazione degli oggetti o dei valori che della loro origine criminale. Le circostanze devono essere così evidenti che non è assolutamente necessario chiarire l'origine criminale e che subordinare la consegna all'ottenimento di un ordine di confisca risulterebbe sproporzionato. A questo proposito, l'autorità di esecuzione deve prendere in considerazione tutte le circostanze specifiche del caso ed esaminare le particolarità che giustificano la rinuncia a una decisione definitiva ed esecutiva. In questi casi, l'interesse dello Stato richiesto si limita, secondo il Tribunale federale, al rispetto delle garanzie elementari di una procedura conforme ai requisiti della CEDU o del Patto delle Nazioni Unite; si deve inoltre tener conto dell'interesse essenziale della Svizzera, ai sensi dell'art. *1a* dell'AIMP, a non fungere da rifugio per le ingenti somme illecitamente sottratte dai rappresentanti dei regimi dittatoriali.

48 Un esempio tipico è la consegna di un dipinto rubato chiaramente identificabile, come un quadro di Piero della Francesca rubato dalla Galleria degli Uffizi di Firenze. Ad esempio, il Tribunale federale ha accettato la consegna di un dipinto rubato in Francia in assenza di un ordine di confisca definitivo, basando la sua decisione in particolare sull'interesse pubblico internazionale legato alla protezione dei beni culturali. Ha inoltre consentito la consegna dei beni del defunto Ferdinand Marcos, sequestrati in Svizzera, in assenza di una decisione esecutiva, tenendo conto dell'interesse della

Svizzera alla restituzione immediata dei beni e della loro origine manifestamente criminale, a condizione che le Filippine garantissero una procedura di restituzione o di confisca in conformità con il Patto delle Nazioni Unite II".

L'autorità di esecuzione può anche rinunciare al requisito di una decisione finale nel caso di beni detenuti da un'**organizzazione criminale** ai sensi dell'art. 260 CP e dell'art. 72 CP se i detentori dei beni non sono in grado di dimostrare la loro origine legittima. 49

VII. PARAGRAFO 4 - MOTIVI DI RIFIUTO DELLA CONSEGNA

L'articolo 74a prevede la consegna definitiva di oggetti e beni allo Stato richiedente (rimando al paragrafo 1). Al fine di mitigare questo regime rigoroso, l'articolo 74a, paragrafo 4, dell'AIMP introduce delle **garanzie che possono impedire la** consegna. Questo paragrafo elenca i motivi che giustificano la conservazione di oggetti o valori in Svizzera nonostante la richiesta dello Stato richiedente. Si tratta dei diritti della parte lesa (lettera a), di quelli di un'autorità (lettera b) e di quelli di terzi (lettera c) o delle necessità di un procedimento o di una confisca in Svizzera (lettera c). I diritti di terzi comportano la sospensione della procedura di consegna fino a quando non si conoscerà il diritto (si veda il N. 67 e seguenti). 50

Come il par. 1 di questa disposizione, l'art. 74a*par.* 4 AIMP è redatto come **norma potestativa**, a differenza del suo omologo nel diritto interno, l'art. 70 par. 2 CP, che è una norma obbligatoria. Tuttavia, la discrezionalità di cui godono le autorità su questa base deve essere finalizzata esclusivamente a prevenire gli abusi e non deve in nessun caso comportare un trattamento meno favorevole per i terzi nel contesto di una confisca ordinata da uno Stato estero rispetto a una situazione puramente nazionale. Pertanto, le richieste di un terzo o di una parte lesa devono in linea di principio, se appaiono probabili, portare alla sospensione della procedura di consegna. 51

Il **Tribunale federale ha ampliato la cerchia dei soggetti legittimati a opporsi alla consegna** al di là della formulazione dell'art. *74a* cpv. 4 EIMP. Ora sono incluse anche (i) le parti lese che non risiedono in Svizzera e che non sono risarcite dal convenuto, dallo Stato richiedente o da un terzo; (ii) le vittime di violazioni dei diritti umani da parte del governo dello Stato 52

richiedente; e (iii) gli intermediari finanziari che sono contemporaneamente obbligati da uno Stato terzo diverso dallo Stato richiedente a trattenere i beni di cui è richiesta la consegna. I terzi che non soddisfano i criteri dell'art. *74a* par. 4 dell'EIMP dovranno adire i tribunali dello Stato richiedente per far valere i propri diritti sui beni in questione.

A. Diritti della parte lesa (lettera a)

53 **Le richieste di restituzione della parte lesa** possono impedire la restituzione di oggetti e beni all'estero, a condizione che la parte lesa abbia la sua residenza abituale in Svizzera. Questa disposizione si applica solo alle restituzioni e non alle richieste generiche di risarcimento.

B. Diritti di un'autorità (lettera b)

54 La Svizzera può anche rinunciare a consegnare oggetti o beni all'autorità straniera quando un'**autorità svizzera fa valere diritti** su di essi. A nostro avviso, per analogia con i diritti dei terzi in buona fede di cui alla lettera c (cfr. N. 55 *)*, si tratta di diritti reali o diritti reali limitati appartenenti a un ente di diritto pubblico svizzero, in particolare alle autorità federali, cantonali o comunali, alla Confederazione, ai Cantoni o ai Comuni, investiti di poteri pubblici. I diritti di pegno a favore delle autorità fiscali e la questione degli oggetti o dei beni necessari per i procedimenti svizzeri sono trattati separatamente (art. 60 AIMP, rispettivamente art. *74a* par. 4 lett. d AIMP).

C. Diritti dei terzi in buona fede (lett. c)

55 L'art. *74a* cpv. 4 AIMP tutela anche l'acquisizione da parte di " **persone non coinvolte nel reato** " che agiscono in buona fede.

56 La legge non fa riferimento a un terzo, ma a una persona estranea al reato, cioè distinta dall'imputato. Questo concetto esclude, in particolare, una persona giuridica interamente controllata dall'imputato, qualora quest'ultimo continui a esercitare un potere effettivo sui beni derivanti dal reato. D'altra parte, la giurisprudenza non esclude alcun legame con il reato e riconosce che le persone che hanno ricevuto in buona fede beni legati al reato possono opporsi alla loro consegna allo Stato richiedente.

57 Il testo giuridico richiede anche un certo **legame con la Svizzera**. Per beneficiare della protezione offerta dall'art. 74a*cpv.* 4 EIMP ed evitare la

consegna, la persona deve anche dimostrare di aver acquisito i diritti che rivendica in Svizzera o, in mancanza, di essere residente in Svizzera se ha acquisito i diritti all'estero.

I diritti rivendicati su tali oggetti o beni devono essere **diritti reali o diritti reali limitati**, come un pegno, e non semplici diritti personali, come un contratto. Un diritto di ritenzione dei beni può quindi essere una base per rifiutare la consegna. 58

In applicazione del principio del diritto svizzero secondo cui **il sequestro penale prevale su quello civile** in caso di conflitto, un sequestro civile non dà luogo ad alcun privilegio giuridico sostanziale. Si tratta semplicemente di una misura provvisoria volta a garantire un credito, ma non impedisce la restituzione di oggetti o beni all'autorità straniera, come un ordine di trasferimento successivo al sequestro. 59

Si noti inoltre che oggetti o valori patrimoniali possono essere trattenuti in Svizzera sulla base dell'art. *74a* cpv. 4 AIMP solo se le pretese della persona estranea al reato **non godono di un'adeguata protezione nello Stato richiedente**, né nell'ambito del procedimento penale in corso né in altri procedimenti civili o penali. La tutela di tali diritti è considerata adeguata negli Stati vincolati dall'art. 6 par. 1 CEDU e soggetti al controllo sussidiario degli organi di Strasburgo. Come nel caso dell'estradizione, questa presunzione dovrebbe, a nostro avviso, essere confutata se vi sono prove evidenti che questi diritti non vengono rispettati. 60

Il concetto di **buona fede** ai sensi dell'art. 74a cpv. 4 dell'EIMP è inteso in senso penale (art. 70 CP) e non in senso civile (art. 933 e segg. CC). Un terzo che acquisisce beni ignorando i fatti che avrebbero giustificato la confisca agisce quindi in buona fede. Tuttavia, non appena il terzo è a conoscenza o non può ignorare questi fatti, non è più protetto. Ciò avviene in particolare quando il terzo era a conoscenza della natura della ricompensa o dei proventi del reato o, date le circostanze del caso, avrebbe dovuto presumerlo. Si devono prendere in considerazione tutte le circostanze, come la capacità del terzo di ottenere informazioni. La conoscenza degli organi di fatto e di diritto di una società è imputata a quest'ultima. In ogni caso, l'acquirente deve aver adottato le precauzioni di base e deve compiere tempestivamente tutti i passi necessari per accertare l'origine dei beni o dell'oggetto. 61

62 L'acquirente ha l'**onere di provare** il proprio diritto. La legge non richiede una prova rigorosa a questo proposito, ma piuttosto che il terzo renda plausibile la sua buona fede. L'autorità esecutiva dovrà quindi limitarsi a verificare se le affermazioni dell'acquirente sono sufficientemente precise e circostanziate per ammettere la plausibilità delle sue richieste. Ciò non dovrebbe esimere il terzo dal provare le circostanze in cui ha acquistato l'oggetto o i beni, come il luogo e la data di acquisto e l'identità del venditore, e dal fornire la prova documentale del pagamento o della rimessa.

D. Necessità di un procedimento o di una confisca in Svizzera (lett. d)

63 Gli oggetti o i beni possono essere **oggetto sia di una procedura di assistenza giudiziaria sia di un procedimento penale nazionale in Svizzera**, ad esempio nel caso di reati di riciclaggio di denaro. L'art. *74a* cpv. 4 lett. d AIMP prevede che la Svizzera possa rifiutare di consegnare beni a un'autorità straniera se intende confiscarli in un procedimento penale interno.

64 Se i beni e gli averi devono essere confiscati in Svizzera, la confisca in Svizzera avrà generalmente la precedenza sulla consegna allo Stato estero. Per il resto, **la scelta se privilegiare un procedimento penale svizzero o un procedimento penale straniero** sarà governata da considerazioni principalmente pragmatiche, come le probabilità di successo, l'efficienza, l'economia procedurale, il rispetto dei principi del diritto svizzero, la possibilità di condividere i beni confiscati con lo Stato straniero o il rischio che i beni vengano nuovamente appropriati illegalmente nello Stato richiedente. In linea di principio, se l'autorità richiedente intende restituire gli oggetti o i beni alla parte lesa, le autorità svizzere ordineranno la restituzione anche se tali oggetti o beni sono anche oggetto di un procedimento penale svizzero. Se non c'è una vittima diretta del reato, come ad esempio nel caso del traffico di droga, si dovrebbe preferire la procedura svizzera.

65 In caso di **richieste di consegna straniere concorrenti**, l'EIMP non contiene alcuna norma che consenta di dare priorità alle richieste di uno Stato rispetto a quelle di un altro. In linea di principio, si applicheranno le regole descritte nel paragrafo precedente, con un potere discrezionale molto ampio per la Svizzera.

Gli **interessi dello Stato richiedente** possono essere presi in considerazione nel contesto di un accordo di ripartizione (cfr. artt. 11 e segg. del CPL, cfr. *infra* N. 73). A questo proposito, la Svizzera ha un ampio margine di discrezionalità, poiché, a parte la configurazione speciale prevista dall'articolo 57(3)(a) UNCAC, la Svizzera non ha alcun obbligo internazionale di consegnare i beni confiscati all'autorità straniera. Il suo unico obbligo è quello di confiscare i proventi di reato (cfr. in particolare l'art. 7 par. 2 lett. a CBI). Lo Stato richiedente non ha il diritto di esigere che la Svizzera proceda a una consegna ai sensi dell'art. *74a* AIMP piuttosto che a una confisca nazionale a beneficio dell'erario svizzero, che sarebbe meno favorevole per lo Stato richiedente. Tale discrezionalità non può tuttavia essere utilizzata per eludere le norme di diritto internazionale sull'assistenza giudiziaria e gli obblighi che ne derivano per la Svizzera. In applicazione del principio di buona fede, le autorità svizzere devono astenersi da qualsiasi approccio sleale che favorisca unilateralmente gli interessi svizzeri a scapito di quelli stranieri. 66

VIII. PARAGRAFO 5 - SOSPENSIONE DELLA CONSEGNA

L'articolo 74, paragrafo 5, dell'IMA stabilisce che la consegna allo Stato richiedente è **sospesa in caso di rivendicazioni da parte degli aventi diritto** agli oggetti e ai beni fino a quando non si conoscerà il diritto. Il testo normativo non specifica la cerchia degli aventi diritto, ma a nostro avviso comprende la parte lesa (art. *74a* par. 4 lett. a), compresi gli eventuali eredi, e i terzi che agiscono in buona fede (art. *74a* par. 4 lett. b). 67

Questa disposizione stabilisce anche le **condizioni alle quali il sequestro può essere revocato e gli oggetti o i beni consegnati a questi aventi diritto**, sia se lo Stato richiedente acconsente (cpv. a), sia nel caso del cpv. 4 let. b se l'autorità acconsente. 4 let. b se l'autorità acconsente (let. b) o se la validità del credito è riconosciuta da un'autorità giudiziaria svizzera (let. c). A nostro avviso, queste condizioni sono alternative, conformemente alla formulazione della legge. 68

Nella maggior parte dei casi, l'avente diritto che fa valere i suoi diritti sugli oggetti o sui beni in questione dovrà presentare una **sentenza di un tribunale svizzero** (art. *74a* cpv. 5 lett. c), mentre l'ipotesi del consenso dello Stato richiedente (art. *74a* cpv. 5 lett. a) o dell'autorità svizzera (art. *74a* cpv. 5 lett. b) appare rara. Se non dispone già di una sentenza di questo tipo, l'avente diritto dovrà quindi, in linea di principio, intentare un'azione di accertamento 69

presso un tribunale svizzero. In caso di dubbio, l'autorità di esecuzione deve fissare un termine entro il quale il beneficiario può intentare un'azione civile. Il testo della legge tace sulla natura della decisione giudiziaria, e si deve quindi presumere che essa includa sia una sentenza civile definitiva nel merito, emessa al termine della procedura, sia una sentenza sostitutiva, come una transazione giudiziaria. Solo dopo che i tribunali svizzeri si sono pronunciati su questi diritti, è necessario stabilire se gli oggetti e i beni debbano essere consegnati allo Stato richiedente. A nostro avviso, anche una sentenza straniera dovrebbe essere ammissibile se soddisfa le condizioni per il riconoscimento in Svizzera.

70 Stando così le cose, un autore ritiene, a ragione, che l'art. 74a cpv. 5 lett. c sia formulato in modo troppo assoluto e che l'autorità competente dovrebbe essere in grado di decidere il rilascio degli oggetti o dei beni all'avente diritto quando la situazione giuridica è chiara, senza la necessità di una sentenza civile. Questo sarebbe tipicamente il caso in cui il diritto invocato è documentato e la sua prova può quindi essere facilmente fornita e valutata. Il tribunale civile interverrebbe solo in caso di dubbi sui diritti della persona interessata. Questa soluzione consentirebbe di risparmiare i costi procedurali e gli eventuali interessi dovuti dalle varie parti coinvolte.

IX. PARAGRAFO 6 - CREDITI TRIBUTARI

71 Ai sensi dell'art. 60 cpv. 1 AIMP, applicabile in riferimento all'art. *74a* cpv. 6 AIMP, se gli oggetti o i beni sono consegnati senza riserva di restituzione, il **privilegio doganale o qualsiasi altra garanzia reale stabilita dal diritto doganale o fiscale svizzero non può essere escusso**, a meno che il proprietario che ha subito un danno a causa dell'infrazione non sia egli stesso tenuto al pagamento. La rinuncia a questo diritto di pegno può essere soggetta a reciprocità (art. 60 cpv. 2 AIMP).

72 L'articolo 23 OEIMP, pur riguardando l'estradizione, si applica per analogia. Questa disposizione **specifica le situazioni in cui è opportuno invocare o rinunciare ai diritti di pegno a favore delle autorità fiscali**, ossia se gli oggetti da consegnare (a) sono passibili di confisca nello Stato richiedente o (b) appartengono a uno Stato richiedente che, nel caso opposto, non rinuncia ai propri diritti di pegno.

X. PARAGRAFO 7 - DIVISIONE DEI BENI CONFISCATI

Ai sensi degli articoli 11 e seguenti del Codice penale svizzero, la Confederazione può concludere **accordi sulla divisione dei** beni confiscati con uno Stato estero. In linea di principio, tale accordo prevede la ripartizione della metà dei beni tra gli Stati (art. 12 cpv. 3 CPVG). Sono possibili deroghe, in particolare a causa della natura del reato, dell'ubicazione dei beni, dell'importanza della partecipazione dello Stato estero alle indagini, nonché degli usi e costumi tra la Svizzera e lo Stato estero, della garanzia di reciprocità, del contesto internazionale o dell'importanza del danno per gli interessi dello Stato estero (art. 12 cpv. 3 CPA). È inoltre possibile discostarsi da questa chiave di lettura se uno Stato ha sostenuto costi o subito danni maggiori rispetto all'altro Stato. L'importo assegnato alla Svizzera viene poi ripartito tra le varie autorità secondo le procedure previste dalla legge (art. 3 e seguenti del CPL). La *ripartizione dei* beni confiscati tra la Confederazione e gli Stati esteri è definita ripartizione esterna. In linea di principio, la ripartizione esterna presuppone che lo Stato estero conceda la reciprocità (art. 11 cpv. 2 CPSA). 73

Secondo l'art. *74a* cpv. 7, gli oggetti devoluti alla Svizzera in virtù di un accordo di ripartizione basato sul PCV **non vengono consegnati**. Pertanto, se una parte degli oggetti o dei beni che consegna all'autorità estera potrebbe essere assegnata alla Svizzera in base a un eventuale successivo accordo di spartizione, l'autorità di esecuzione deve formulare le opportune riserve nel dispositivo della decisione di chiusura. Analogamente, l'autorità di esecuzione può rinviare la consegna se la Svizzera intende procedere a una divisione dei beni sequestrati in conformità alla CAAS, a condizione che i fondi di cui si richiede la consegna non siano ancora stati oggetto di una decisione definitiva nello Stato richiedente. 74

XI. RIMEDI GIURIDICI

La decisione dell'autorità di esecuzione svizzera sulla consegna degli oggetti o dei beni all'autorità straniera è una **decisione definitiva** che può essere **impugnata dinanzi alla corte dei reclami del Tribunale federale** (art. *80e* cpv. 1 AIMP). Chiunque sia personalmente e direttamente interessato dalla misura di assistenza e abbia un interesse degno di tutela al suo annullamento o alla sua modifica ha diritto a presentare ricorso (art. *80h* lett. b AIMP). Sono 75

comprese le persone di cui al par. 4 a-d, ossia i terzi che hanno un diritto sugli oggetti e sui beni da cedere (cfr. par. 50 *)*. Il ricorso può essere presentato per violazione del diritto federale (che in linea di principio include il diritto internazionale), compreso l'eccesso o l'abuso di potere discrezionale (art. 80i*cpv.* 1 lett. a AIMP) o l'applicazione illegittima o manifestamente errata del diritto straniero, nei casi di cui all'art. 65 AIMP (art. 80i*cpv.* 1 lett. b AIMP). Il termine per presentare ricorso è di 30 giorni dalla data di notifica scritta della decisione, fatto salvo il ricorso per diniego di giustizia, che può essere presentato in qualsiasi momento. Il ricorso contro la decisione di chiusura del procedimento ha effetto sospensivo (art. *80l* cpv. 1 AIMP).

76 Il sistema previsto dall'IMA può talvolta portare a situazioni insoddisfacenti, in quanto possono trascorrere diversi anni tra il sequestro dei beni e la loro consegna. In queste circostanze, l'ammissibilità del ricorso non è eccezionalmente subordinata all'esistenza di un danno immediato e irreparabile, per consentire, ad esempio, al titolare di un conto bancario di far riesaminare la legalità o la proporzionalità della misura coercitiva da un'autorità giudiziaria prima che venga presa la decisione di rilasciare i beni o consegnarli allo Stato richiedente. Il sequestro di oggetti o beni senza una decisione sulla consegna entro un periodo di tempo ragionevole apre anche la strada a un ricorso per diniego formale di giustizia.

77 La decisione del Tribunale federale può essere **appellata al Tribunale federale** solo in casi eccezionali, ossia quando sono soddisfatte le condizioni dell'art. 84 dell'AFS. Il caso deve essere particolarmente importante (cpv. 1). In particolare, quando si ha motivo di ritenere che la procedura all'estero violi i principi fondamentali o presenti altri gravi difetti (cpv. 2). Un caso del genere può essere accettato anche quando si pone una questione giuridica di principio, quando il tribunale precedente si è discostato dalla giurisprudenza del Tribunale federale o quando il caso è altrimenti di straordinaria importanza. In particolare, il Tribunale federale ha ritenuto che questo fosse il caso dell'applicazione dell'art. *74a* alla consegna di beni per far valere un diritto di risarcimento, in quanto non si era ancora pronunciato sulla questione. In ogni caso, i requisiti per accettare un caso del genere sono elevati. Il termine per la presentazione di un ricorso è di dieci giorni dalla notifica della copia completa della decisione (art. 100 cpv. 2 lett. b LFCA). In linea di principio, il ricorso ha effetto sospensivo (art. 103 cpv. 2 dell'ACS). Una violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU può infine essere

portata davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo alle condizioni stabilite dalla Convenzione.

BIBLIOGRAFIA

Aepli Michael, commentaire de l'art. 74*a*, in Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Basler Kommentar: Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Bâle 2015 (cit. BSK IRSG-Aelpli).

Baumann Florian, commentaire de l'art. 72, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, StGB, JStGB, 4e éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-Baumann).

Bonzanigo Francesca/Ludwiczak Glassay Maria, Extradition et droit à un procès équitable : la pratique suisse face à l'hésitante confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, in : Strafrecht und Demokratie, Zurich 2023, p. 43-56.

Bottinelli Nicolas, La confiscation dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 108-124 (cit. Confiscation).

Bottinelli Nicolas, La restitution dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloise (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 169-174 (cit. Restitution).

Cassani Ursula, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, SJ II 2009 p. 229-256.

Chablais Alain, Le blocage prononcé sur la base de la Cst. et de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf- Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 70-95.

Charrière Antonin, Extradition et garanties diplomatiques : examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'État requérant, PJA 2016, p. 879-889.

Donatsch Andreas/Heimgartner Sefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd., Zurich 2015.

Giroud Sandrine, De Baby Doc à Teddy Obiang : retour vers le futur de la confiscation des avoirs de potentats : Propositions d'amélioration de l'arsenal juridique suisse en matière de confiscation des avoirs de potentats à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis », in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Michael Andrew/Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments : Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 137-155 (cit. Baby Doc).

Giroud Sandrine, Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation : progrès et lacunes de la LVP, in : Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (édit.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, p. 309-333 (cit. Droit des victimes).

Giroud Sandrine, The fine art of recovering illicitly trafficked cultural property – Méta-mécaniques of mutual legal assistance in criminal matters and international sanctions, in : Mosimann Peter/Schönenberger Beat/ Rüegger Vanessa (edit.), Kunst & Recht 2023 / Art & Law 2023, p. 111-127 (cit. Cultural property).

Gstöhl Caroline, Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Berne 2008.

Harari Maurice, Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP, in : Robert Christian-Nils/Sträuli Bernhard (édit.), Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997, p. 167-201.

Heimgartner Stefan, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen - Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zurich 2011.

Lombardini Carlo, Banques et blanchiment d'argent : convention de diligence, ordonnance de la CFB,code pénal et LBA, Zurich 2006.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Bâle 2018 (cit. Entraide).

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels : l'obstacle de la double incrimination, forumpoenale 2 (2020), p. 149-154 (cité : Entraide biens culturels).

Moreillon Laurent, commentaire de l'art. 74*a*, in: Moreillon Laurent (édit.), Commentaire romand : entraide internationale en matière pénale, Bâle 2004.

Moser Robin, Strafprozessuale Kontosperren bei ausstehenden Lombardkrediten – Ein Problem für die kreditgebende Bank, RSDA 2018 p. 517-530.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2000.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80 AIMP

Un commentario di Miro Dangubic / Marco Mignoli

CITAZIONE SUGGERITA

Miro Dangubic/Marco Mignoli, Commentario all'art. 80 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Dangubic/Mignoli, art. 80 AIMP N. XXX.

Art. 80 Esame preliminare

[1] L'autorità d'esecuzione cantonale o federale procede a un esame preliminare della domanda.

[2] Se la domanda è irricevibile, l'autorità d'esecuzione la rinvia all'autorità richiedente servendosi della stessa via per la quale le era pervenuta.

STRUTTURA

I. Aspetti generali 367
II. Distinzione dall'esame sommario ai sensi dell'art. 78 cpv. 2 IMAC 367
III. Esame preliminare 368
IV. Esame preliminare positivo 369
V. Esame preliminare negativo 369
VI. Diritti delle parti e rimedi giuridici 370
Bibliografia 370

I. ASPETTI GENERALI

La disposizione procedurale dell'art. 80 IMAC si applica dopo che la richiesta di assistenza giudiziaria è stata ricevuta dall'autorità di esecuzione competente direttamente o dopo un esame sommario da parte dell'UFG ai sensi dell'art. 78 cpv. 2 IMAC. Il cpv. 1 obbliga l'autorità di esecuzione a condurre un'analisi prima facie della richiesta di assistenza giudiziaria. Ciò serve a garantire che tutti i requisiti per l'assistenza giudiziaria siano soddisfatti prima di ordinare misure di assistenza giudiziaria che possano interferire con i diritti delle persone interessate. Il cpv. 2 stabilisce la procedura da seguire in caso di richieste di assistenza giudiziaria inadeguate. 1

Il destinatario dell'art. 80 IMAC è l'autorità che conduce il procedimento di assistenza giudiziaria. Nella pratica, si tratta in particolare delle procure cantonali (art. 55 cpv. 1 CCP), del Ministero pubblico della Confederazione o delle autorità penali amministrative (art. 17 cpv. 4 e art. 79 cpv. 2 IMAC), nonché dell'UFG nei casi previsti dall'art. 79a IMAC. 2

Per l'assistenza giudiziaria con gli Stati Uniti, l'art. 10 dell'AFC-RVUS contiene una disposizione analoga. 3

II. DISTINZIONE DALL'ESAME SOMMARIO AI SENSI DELL'ART. 78 CPV. 2 IMAC

L'esame sommario ai sensi dell'art. 78 cpv. 2 IMAC precede l'esame preliminare ai sensi dell'art. 80 cpv. 1 IMAC ed è effettuato dall'UFG. In pratica, l'UFG sottopone a esame sommario tutte le richieste di assistenza giudiziaria che riceve, anche se sarebbe stata possibile una comunicazione diretta. Lo scopo di questa disposizione è che l'autorità specializzata separi le richieste di assistenza reciproca che non possono essere chiaramente soddisfatte sulla base dei fascicoli. Allo stesso tempo, l'autorità responsabile dell'esecuzione della richiesta di assistenza reciproca viene identificata in modo che la richiesta di assistenza reciproca possa essere inoltrata o delegata ad essa - se l'UFG non esegue la richiesta stessa. La densità dell'esame preliminare ai sensi dell'art. 80 cpv. 1 IMAC è maggiore di quella dell'esame sommario ai sensi dell'art. 78 cpv. 2 IMAC, sebbene non vi sia una chiara demarcazione - non da ultimo, a causa di questi contorni sfumati, l'UFG ha un ampio margine di discrezionalità nell'esame sommario. 4

III. ESAME PRELIMINARE

5 La richiesta di assistenza giudiziaria deve essere sottoposta a un esame preliminare formale e sostanziale. I requisiti specifici per l'assistenza giudiziaria derivano dai trattati internazionali pertinenti e, in via sussidiaria, dall'IMAC e dall'OAIMP (art. 1 cpv. 1 IMAC); in base al cosiddetto principio del favore, le disposizioni nazionali sono applicabili anche se impongono requisiti inferiori per l'assistenza giudiziaria.

6 Gli aspetti formali che devono essere regolarmente esaminati sono in particolare la lingua, la forma e la completezza del contenuto e degli allegati della richiesta di assistenza giudiziaria. Da un punto di vista materiale, si esamina in genere se i fatti del caso sono giuridicamente sufficienti, se vi sono motivi di rifiuto e se l'esecuzione della richiesta appare proporzionata. Se l'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria richiede misure coercitive, deve essere esaminata anche la doppia incriminazione (cfr. art. 64 cpv. 1 IMAC).

7 Un'altra verifica è se il diritto processuale svizzero, in particolare il Codice di procedura penale e la Legge sulla procedura penale, consente la misura richiesta. Tuttavia, una richiesta di assistenza giudiziaria può essere accolta (cfr. art. 80a cpv. 1 IMAC) anche se non tutte le misure di assistenza richieste sono ammissibili: In questo caso, le misure ammesse saranno eseguite e l'autorità richiedente sarà informata di quali atti di esecuzione non sono esecutivi in Svizzera.

8 Se l'elaborazione della richiesta richiede competenze speciali o conoscenze scientifiche aggiornate e/o conoscenze specialistiche relative a questioni particolari del diritto svizzero, l'autorità di esecuzione può ottenere pareri da autorità specializzate - come l'Amministrazione federale delle contribuzioni (cfr. art. 24 cpv. 3 OAIMP) o la Segreteria di Stato dell'economia - nell'ambito dell'esame preliminare. È inoltre consentito consultare fascicoli di altri procedimenti (ad esempio, procedimenti penali o di assistenza giudiziaria), dati del registro delle imprese o fonti accessibili al pubblico se possono essere utili per l'esame preliminare. In questa fase del procedimento sono possibili anche ordini alla polizia.

9 La questione di chi sia parte nel procedimento di assistenza giudiziaria non deve necessariamente essere risolta in questa fase del procedimento, soprattutto perché le parti nel procedimento di assistenza giudiziaria sono in

linea di principio determinate solo dopo il compimento degli atti di assistenza giudiziaria.

Poiché durante l'esame preliminare non viene presa alcuna decisione definitiva sulla concessione e sulla portata dell'assistenza giudiziaria, l'art. 80 cpv. 1 dell'IMAC prevede semplicemente un'analisi prima facie della richiesta di assistenza giudiziaria. Secondo il parere espresso in questa sede, l'autorità di esecuzione dovrebbe comunque effettuare un'attenta verifica della richiesta di assistenza giudiziaria già in questa fase del procedimento: Da un lato, ciò può evitare costose e inutili misure procedurali penali. D'altro canto, in caso di richieste di assistenza giudiziaria inadeguate (art. 80 cpv. 2 IMAC), solo un esame accurato consente di intraprendere azioni mirate nei confronti dell'autorità richiedente. 10

Nell'ambito dell'art. 80 cpv. 1 dell'IMAC, non è necessario esaminare se l'assistenza giudiziaria debba essere limitata o rifiutata a causa di interessi essenziali svizzeri contrastanti ai sensi dell'art. 1a dell'IMAC. Tale decisione spetta al DFGP, che può essere richiesta entro 30 giorni dalla decisione finale (cfr. art. 17 cpv. 1 OIMC). 11

Nel caso delle cosiddette rogatorie supplementari, si svolge solo un esame preliminare limitato, ossia si verifica solo l'ammissibilità delle misure richieste. 12

IV. ESAME PRELIMINARE POSITIVO

Se l'esame preliminare è positivo, viene emessa una decisione di accettazione sommariamente motivata (art. 80a cpv. 1 IMAC), in cui viene registrato il risultato dell'esame preliminare. Seguono le misure di esecuzione richieste, ossia ordini di divulgazione, perquisizioni domiciliari, sequestri, interrogatori, misure di sorveglianza segreta e blocco dei conti (cfr. art. 63 e segg. IMAC). Successivamente, vengono garantiti i diritti delle parti (in particolare il diritto di essere ascoltate) e il procedimento di assistenza giudiziaria si conclude. Anche se l'esame preliminare è positivo, l'autorità di esecuzione può rifiutare l'assistenza giudiziaria. 13

V. ESAME PRELIMINARE NEGATIVO

Se la richiesta di assistenza giudiziaria non soddisfa i requisiti, ciò non viene registrato in un provvedimento formale. Ai sensi dell'art. 80 cpv. 2 dell'IMAC, 14

in questo caso la richiesta di assistenza reciproca deve essere restituita all'autorità richiedente. Oltre al rifiuto dell'assistenza giudiziaria, in questa fase della procedura è possibile invitare l'autorità richiedente a integrare o migliorare la richiesta di assistenza giudiziaria. I motivi della richiesta o del rifiuto di assistenza reciproca devono essere comunicati all'autorità richiedente.

15 Se è possibile una comunicazione diretta con lo Stato richiedente, l'autorità di esecuzione può agire essa stessa nei confronti dell'autorità richiedente, anche se l'UFG le ha delegato o trasmesso la richiesta di assistenza giudiziaria. In caso contrario, l'UFG deve essere coinvolto.

VI. DIRITTI DELLE PARTI E RIMEDI GIURIDICI

16 Le parti potenziali non hanno il diritto di prendere visione dei fascicoli prima dell'esame preliminare (art. 80b cpv. 1 IMAC) né di fare una dichiarazione preliminare (art. 30 cpv. 1 PA). Inoltre, non vi è alcun obbligo di informazione nei confronti delle potenziali parti in relazione agli esami preliminari negativi, né vi è alcun diritto di ricorso contro di essi. Se la richiesta di assistenza giudiziaria viene accolta, si applicano le consuete regole sui diritti delle parti e sui ricorsi nell'ambito della corrispondente procedura di assistenza giudiziaria.

Il parere legale dei due autori è indipendente da quello del loro datore di lavoro. I termini che si riferiscono alle persone si applicano in egual misura alle donne e agli uomini.

BIBLIOGRAFIA

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112-117.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 2. Aufl., Zürich et al. 2015.

Fiolka Gerhard, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 78 und Art. 80 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, EIMP, TEJUS, LTEJUS, TEXUS, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80a AIMP

Un commentario di Miro Dangubic / Cyrill Purtscheller

CITAZIONE SUGGERITA

Miro Dangubic/Cyrill Purtscheller, Commentario all'art. 80a AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Dangubic/Purtscheller, art. 80a AIMP N. XXX.

Art. 80*a* Entrata nel merito e esecuzione

[1] L'autorità d'esecuzione prende con motivazione sommaria una decisione di entrata nel merito e ordina gli atti d'assistenza giudiziaria ammissibili.

[2] Essa esegue gli atti di assistenza giudiziaria secondo il proprio diritto procedurale.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 375
II. La decisione di entrata in materia 375
A. Contenuto e forma 376
B. Combinazione con altre decisioni 376
C. In caso di richieste di assistenza giudiziaria complementari 377
III. Atti di assistenza giudiziaria 377
A. In generale 377
B. Applicazione del diritto processuale penale 378
1. Fonti giuridiche dell'assistenza giudiziaria 378
2. CPP/DPA 378
3. Diritto procedurale straniero 378
IV. Diritti delle parti e vie di ricorso 379
A. Diritti delle parti 379
B. Mezzi di ricorso 379
V. Questioni procedurali 379
A. Termini 379
B. Diniego dell'assistenza giudiziaria 380
Bibliografia 380
I materiali 382

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

La **disposizione procedurale** dell'art. 80*bis* AIMP è rivolta all'autorità di esecuzione e si applica qualora l'esame preliminare ai sensi dell'art. 80 cpv. 1 AIMP abbia dato esito positivo. L'art. 80*a* cpv. 1 AIMP prevede che il risultato dell'esame preliminare sia fissato in una decisione di entrata in materia, motivata sommariamente, e che siano quindi ordinati i necessari atti di assistenza giudiziaria. Il diritto procedurale determinante per questi atti di assistenza giudiziaria è disciplinato dall'art. 80*a* cpv. 2 AIMP. 1

Con il termine molto generico di **atto di assistenza giudiziaria**, l'art. 80*a* AIMP si riferisce in particolare agli atti procedurali penali ai sensi degli art. 63 segg. AIMP. 2

L'**autorità esecutiva** ai sensi dell'art. 80*a* AIMP è l'autorità che ha effettuato l'esame preliminare, quindi in particolare i ministeri pubblici cantonali (art. 55 cpv. 1 CPP), il Ministero pubblico della Confederazione o le autorità penali amministrative (art. 17 cpv. 4 e art. 79 cpv. 2 AIMP) nonché l'UFG nei casi di cui all'art. 79*a* AIMP. 3

Per l'assistenza giudiziaria con gli Stati Uniti, in materia di entrata in materia ed esecuzione si applica l'**art. 10 LU-AEMR**. 4

II. LA DECISIONE DI ENTRATA IN MATERIA

La decisione di entrata in materia è emanata a seguito dell'esito positivo dell'esame preliminare ai sensi dell'art. 80 AIMP. In essa si precisa in particolare che sono soddisfatti i requisiti materiali e formali determinanti per la concessione dell'assistenza giudiziaria. 5

A prescindere dai casi disciplinati dall'art. 18 cpv. 2 AIMP, la decisione di entrata in materia costituisce in linea di principio un **presupposto formale** per l'esecuzione di atti di assistenza giudiziaria nel quadro dell'assistenza giudiziaria in materia minore. A differenza della decisione di apertura nel procedimento penale, essa non ha quindi solo effetto dichiarativo. 6

A. Contenuto e forma

7 La decisione di entrata in materia è emanata di principio per iscritto. Essa deve essere designata come tale e contenere l'indicazione dei mezzi di ricorso e una motivazione sommaria. La motivazione sommaria può comprendere in particolare i seguenti elementi:

- indicazioni relative alla richiesta di assistenza giudiziaria (data della richiesta, denominazione dell'autorità richiedente, numero di procedura dell'inchiesta penale estera, reati oggetto dell'inchiesta e nomi delle persone imputate);
- una sintesi dei fatti descritti nella richiesta;
- il motivo della richiesta;
- le basi giuridiche della procedura di assistenza giudiziaria, in particolare i trattati internazionali applicabili;
- il risultato dell'esame preliminare formale e sostanziale dei presupposti dell'assistenza giudiziaria;
- il risultato dell'esame della doppia incriminazione, qualora debbano essere eseguite misure coercitive;
- un dispositivo e
- la formula di apertura.

B. Combinazione con altre decisioni

8 La decisione di entrata in materia può essere combinata con altre decisioni di assistenza giudiziaria. Se sussistono i presupposti, possono essere emanate contemporaneamente alla decisione di entrata in materia in particolare le seguenti decisioni:

- decisione provvisoria che dispone atti di assistenza giudiziaria;
- decisione provvisoria relativa alla presenza di persone coinvolte nel procedimento estero (art. 65*a* AIMP);
- disposizione provvisoria che autorizza l'audizione tramite videoconferenza;
- disposizione provvisoria relativa alle condizioni della cosiddetta assistenza giudiziaria dinamica (art. 18*b* e 80*d*^{bis} AIMP);

- disposizione finale ai sensi dell'art. 80*d* AIMP.

C. In caso di richieste di assistenza giudiziaria complementari

Se l'autorità di polizia giudiziaria estera, nell'ambito dello stesso procedimento penale, presenta ulteriori richieste di assistenza giudiziaria relative allo stesso complesso di fatti, si parla di richieste di assistenza giudiziaria complementari. Per queste cosiddette richieste di assistenza giudiziaria complementari, l'autorità esecutiva non è tenuta a emanare una nuova decisione di entrata in materia, ma può ordinare immediatamente gli atti di assistenza giudiziaria sulla base della decisione di entrata in materia originaria. 9

III. ATTI DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA

A. In generale

Gli atti di assistenza giudiziaria sono gli atti procedurali che richiedono l'eventuale concessione dell'assistenza giudiziaria, in particolare gli atti procedurali penali quali: 10

- perquisizioni domiciliari (art. 244 segg. CPP);
- audizioni (art. 142 segg. CPP);
- richiesta di rapporti scritti (art. 145 CPP);
- misure di sorveglianza segreta (art. 269 segg. CPP);
- disposizioni di consegna (art. 265 CPP) e
- sequestri (art. 263 segg. CPP).

Non esiste un *numerus clausus* per i possibili atti di assistenza giudiziaria – pertanto l'elenco di cui all'art. 63 segg. AIMP non è esaustivo. 11

Gli atti di assistenza giudiziaria sono, in senso formale, **decisioni provvisorie**. 12

B. Applicazione del diritto processuale penale

1. Fonti giuridiche dell'assistenza giudiziaria

13 Le procedure di assistenza giudiziaria nel campo di applicazione dell'AIMP sono disciplinate in primo luogo dai trattati internazionali applicabili e, in via sussidiaria, dall'AIMP e dall'OAIMP (art. 1 cpv. 1 AIMP), fermo restando che, in base al principio del favore più favorevole, si applicano anche le disposizioni nazionali se queste prevedono requisiti meno rigorosi in materia di assistenza giudiziaria. Poiché i trattati internazionali non contengono di norma disposizioni procedurali e l'AIMP e l'OAIMP non disciplinano in modo esaustivo la procedura in materia di piccola assistenza giudiziaria, si applicano in via sussidiaria ulteriori disposizioni nazionali, in particolare il CPP e la DPA per gli atti di procedura penale e, per il resto, la PA (cfr. art. 12 cpv. 1 AIMP).

2. CPP/DPA

14 L'art. 80*a* cpv. 2 AIMP stabilisce che l'autorità di esecuzione esegue gli atti di assistenza giudiziaria secondo il proprio diritto procedurale, ribadendo così la disposizione dell'art. 12 cpv. 1 AIMP, secondo cui agli **atti di procedura penale** si applicano per analogia il CPP e la PAG.

15 Il diritto processuale penale si applica tuttavia solo nella misura in cui disciplina l'**esecuzione** o le **modalità** dell'atto di assistenza giudiziaria. Ad esempio, per le perquisizioni domiciliari si applica l'art. 244 segg. CPP, per i sequestri l'art. 266 CPP, per le intercettazioni telefoniche l'art. 269 segg. CPP e per gli interrogatori l'art. 142 segg. CPP.

16 Il diritto processuale penale non ha un ruolo più ampio in base all'art. 80*a* cpv. 2 AIMP. In particolare, non è applicabile alle questioni relative alla notifica delle decisioni e al ricorso giurisdizionale.

3. Diritto procedurale straniero

17 Sia alcuni trattati internazionali che l'**art. 65 AIMP** prevedono che determinate norme in materia di prova dello Stato richiedente possano essere applicate nell'esecuzione di atti di procedura penale. Ciò avviene in linea di principio solo su richiesta esplicita dell'autorità estera e se compatibile con il diritto svizzero. Nella pratica, questa disposizione si applica in particolare alle

audizioni, ad esempio quando il testimone viene informato anche secondo il diritto straniero.

IV. DIRITTI DELLE PARTI E VIE DI RICORSO

A. Diritti delle parti

Prima della decisione di entrata nel merito e degli atti di assistenza giudiziaria, le parti potenziali non hanno in linea di principio alcun diritto di consultazione degli atti né alcun diritto di essere sentite preventivamente (art. 80*b* cpv. 1 AIMP e art. 30 cpv. 1 PA). Non sussiste inoltre alcun diritto alla notifica immediata della decisione di entrata nel merito. In linea di principio, il diritto di essere sentiti è garantito se i diritti delle parti sono concessi prima della decisione finale. 18

B. Mezzi di ricorso

La **decisione di entrata in materia** non è impugnabile autonomamente. L'impugnabilità autonoma delle decisioni provvisorie (compresi quindi anche gli **atti di assistenza giudiziaria**) è disciplinata dall'art. 80*e* cpv. 2 AIMP. Secondo tale disposizione, le decisioni provvisorie possono essere impugnate autonomamente se comportano un pregiudizio diretto e irreparabile mediante il sequestro di beni patrimoniali e oggetti di valore (lett. a) o la presenza di persone coinvolte nel procedimento estero (lett. b). Le irregolarità della procedura di assistenza giudiziaria (comprese le decisioni di entrata in materia o le decisioni provvisorie errate) possono essere contestate nell'ambito del ricorso contro la decisione finale (art. 80*e* cpv. 2 AIMP). 19

V. QUESTIONI PROCEDURALI

A. Termini

Le procedure di assistenza giudiziaria devono essere espletate con celerità (art. 17a AIMP). Tuttavia, non esistono **termini legali** per lo svolgimento dell'esame preliminare, l'adozione della decisione di admissibilità e l'ordinanza di atti procedurali penali. 20

In un *obiter dictum* in RR.2013.236-249, la Corte d'appello del Tribunale penale federale ha ritenuto che la questione dell'admissibilità debba essere 21

decisa in linea di principio entro pochi giorni e che solo in casi complessi possa richiedere diverse settimane. Tuttavia, tale considerazione non si è ancora affermata nella prassi.

B. Diniego dell'assistenza giudiziaria

22 È possibile dare seguito a una domanda di assistenza giudiziaria anche se non tutti gli atti di assistenza giudiziaria richiesti sono ammissibili. In tal caso, vengono eseguiti gli atti procedurali penali ammissibili e l'autorità richiedente viene informata in merito agli atti che non possono essere eseguiti in Svizzera.

23 L'autorità esecutiva può **rifiutare l'**assistenza giudiziaria anche se ha dato seguito alla richiesta di assistenza giudiziaria e ha eseguito diversi atti di assistenza giudiziaria. In linea di principio, non è necessaria una decisione formale dell'autorità esecutiva, ma solo una comunicazione all'autorità richiedente.

Nota

I termini utilizzati nel testo che si riferiscono a persone si applicano indifferentemente a donne e uomini.

Gli autori

L'autore è procuratore della Confederazione nel settore dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. Il suo parere giuridico è indipendente da quello del suo datore di lavoro. Il coautore è assistente procuratore della Confederazione nel settore della criminalità informatica. Il suo parere giuridico è indipendente da quello del suo datore di lavoro.

BIBLIOGRAFIA

Bottinelli Nicolas, Le séquestre dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in: Giroud Sandrine/Rordorf-Braun Héloïse (Hrsg.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Basel 2020, S. 46-56.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2 (2018), S. 112–117.

Dangubic Miro/Mignoli Marco, Kommentierung zu Art. 80 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz

über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 8.9.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80, besucht am 24.3.2025, DOI: 10.17176/20230908-112318-0.

Dangubic Miro/Keshelava Tornike, Kommentierung zu Art. 12 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 54 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 79a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Kuster Susanne, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80a IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Petit commentaire Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, Basel 2024.

Lugentz Frédéric/Rayroud Jacques/Turk Michel, L' Entraide Pénale internationale en Suisse, en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg, Bruxelles 2014.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Unseld Lea, Internationale Rechtshilfe im Steuerrecht. Akzessorische Rechtshilfe, Auslieferung und Vollstreckungshilfe bei Fiskaldelikten, Zürich 2011.

I MATERIALI

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, Bundesamt für Justiz, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html (zit. Wegleitung Bundesamt für Justiz).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80b AIMP

Un commentario di Miro Dangubic / Marta Stelzer-Wieckowska

CITAZIONE SUGGERITA

Miro Dangubic/Marta Stelzer-Wieckowska, Commentario all'art. 80b AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Dangubic/Stelzer-Wieckowska, art. 80b AIMP N. XXX.

Art. 80*b* Partecipazione al procedimento ed esame degli atti

[1] Gli aventi diritto possono partecipare al procedimento ed esaminare gli atti sempreché ciò sia necessario alla tutela dei loro interessi.

[2] I diritti giusta il capoverso 1 possono essere limitati soltanto nei seguenti casi:

a. nell'interesse del procedimento estero;

b. per la protezione di un interesse giuridico essenziale a domanda dello Stato richiedente;

c. per la natura o il carattere urgente delle misure da prendere;

d. per la protezione di interessi privati essenziali;

e. nell'interesse di un procedimento svizzero.

[3] Il diniego d'esame o di partecipazione al procedimento dev'essere ristretto agli atti e operazioni soggetti a segreto.

STRUTTURA

I. Aspetti generali 386
II. Storia dell'origine 387
III. Le persone autorizzate 387
A. Generalità 387
B. Status di parte 388
C. Conseguenze procedurali della qualità di parte 389
IV. Diritto di consultazione dei fascicoli 389
A. Obbligo di conservazione dei fascicoli come prerequisito 390
B. Ambito del diritto di consultare i fascicoli 391
C. Modalità del diritto di consultazione dei fascicoli 392
D. Tempi di concessione dell'accesso ai fascicoli 392
E. Procedura di ricorso 392
V. "Diritto di partecipazione 393
A. Diritto alla dichiarazione preventiva 393
B. Differenziazione dall'art. 65a AIMP 394
VI. Restrizioni 394
A. Motivi della restrizione (art. 80b cpv. 2) 395
1. Nell'interesse dello Stato richiedente (lett. a e b) 395
2. Natura o urgenza del provvedimento da adottare (lett. c) 396
3. Protezione di interessi privati essenziali (lett. d) 396
4. Nell'interesse di un procedimento svizzero (lett. e) 397
5. Interessi pubblici sostanziali della Confederazione o dei Cantoni (art. 27 cpv. 1 lett. a PA). 397
B. Restrizioni al rifiuto di accesso 397
C. Questioni procedurali 398
Bibliografia 398
I Materiali 400

I. ASPETTI GENERALI

1 Le parti di un procedimento in materia di assistenza legale accessoria hanno diritto a **un equo processo**, in particolare all'apertura delle sentenze, all'accesso al fascicolo, alle osservazioni preliminari e alla motivazione delle sentenze. Questi diritti delle parti sono tipici dei procedimenti amministrativi previsti dalla legislazione specializzata. Oltre che nell'AIMP e nell'OAIMP, essi sono sanciti in particolare dalla legge sulla procedura amministrativa (PA), applicata come legge procedurale sussidiaria (art. 12 cpv. 1 dell'AIMP), in base alla quale gran parte della prassi attuale è nata casisticamente.

2 L'art. *80b* cpv. 1 dell'AIMP disciplina una parte del diritto di essere ascoltati, ossia il **diritto di visionare i fascicoli** e il **diritto di partecipazione**. Gli artt. *80b* cpv. 2 e 3 dell'AIMP contengono disposizioni sulla limitazione del diritto di consultare i fascicoli. L'art. *80b* AIMP è integrato o concretizzato dagli artt. 26, 27, 28 e 30 PA.

3 Per quanto riguarda il "diritto di partecipazione" di cui all'art. *80b* cpv. 1 dell'AIMP, va notato che la giurisprudenza ne ricava essenzialmente il **diritto di rendere una dichiarazione preventiva** e non fa riferimento al diritto di partecipare a un'indagine penale straniera.

4 Le disposizioni procedurali dell'art. *80b* AIMP sono rivolte alle autorità di esecuzione, in particolare alle procure cantonali (art. 55 cpv. 1 CPP), al Ministero pubblico della Confederazione o alle autorità penali amministrative (art. 17 cpv. 4 e art. 79 cpv. 2 AIMP) e all'Ufficio federale di giustizia nei casi previsti dall'art. *79a* AIMP. Questi ultimi sono responsabili della concessione del diritto di essere ascoltati. Tuttavia, la parte del procedimento di assistenza legale ("**le parti autorizzate**") è il titolare dei diritti.

5 L'art. 9 BG-RVUS contiene una disposizione identica per l'assistenza giudiziaria con gli USA. Gli artt. 52 e 55 cpv. 1 AIMP si applicano ai procedimenti di estradizione che rientrano nel campo di applicazione dell'AIMP.

II. STORIA DELL'ORIGINE

L'art. *80b* AIMP è stato inserito nella legge nell'ambito della revisione dell'AIMP del 4 ottobre 1996 (entrata in vigore il 1° febbraio 1997) e da allora la sua formulazione è rimasta invariata. 6

Nella versione dell'AIMP entrata in vigore il 1° gennaio 1983, il diritto di partecipazione non era esplicitamente disciplinato. Il diritto di consultare i fascicoli, invece, era sancito dall'art. 79 cpv. 3 dell'AIMP. Per quanto riguarda il diritto di consultare gli atti, l'ex art. 76 cpv. 3 dell'AIMP stabiliva che gli artt. 6, 26 e 27 dell'IMP si applicavano anche all'esercizio di questo diritto nei procedimenti cantonali e che la richiesta di assistenza giudiziaria e i relativi documenti potevano essere consultati dalla parte autorizzata nella misura in cui ciò fosse necessario per tutelare i suoi interessi. L'imputato, che non era personalmente interessato dalla misura di assistenza giudiziaria, doveva avere il diritto di prendere visione degli atti solo se aveva la sua residenza abituale in Svizzera, e "solo nell'interesse di salvaguardare i suoi diritti di difesa in un procedimento penale estero" (art. 79 cpv. 3 frasi 2 e 3 AIMP nella versione valida fino al 1° febbraio 1997). 7

III. LE PERSONE AUTORIZZATE

A. GENERALITÀ

Il diritto di consultare i fascicoli e il diritto di partecipazione ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP spettano alle **persone autorizzate**. Secondo la prassi consolidata, la parte autorizzata ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP è la parte che ha lo status di parte nel procedimento di assistenza giudiziaria. Tuttavia, a differenza della PA e del CPP, né l'AIMP né l'OAIMP definiscono chi è parte nel procedimento di assistenza giudiziaria. Secondo la prassi del Tribunale federale, è parte chiunque sia personalmente e direttamente interessato da un provvedimento di assistenza legale e abbia un interesse legittimo alla sua cancellazione o modifica. Lo status di parte si basa quindi sul diritto di ricorso ai sensi dell'art. 80h*lett.* b AIMP. Inoltre, la situazione non è diversa nel campo di applicazione della PA: il termine "parte" nell'art. 6 PA si riferisce alla legittimazione a presentare ricorso ai sensi dell'art. 48 PA. 8

B. STATUS DI PARTE

9 A differenza di quanto accade in un'indagine penale, nel caso di assistenza legale minore non è la persona accusata a essere al centro del procedimento, ma in particolare le prove e i beni. Di conseguenza, la qualità di parte dipende dal rapporto con le prove o i beni. In generale, la parte nei procedimenti di assistenza giudiziaria è la persona contro la quale è stata disposta o eseguita una **misura di procedura penale**. Di conseguenza, la qualità di parte nei procedimenti di assistenza giudiziaria deve essere esaminata separatamente per ogni atto di assistenza giudiziaria. A causa dello standard restrittivo, in linea di principio solo una persona può essere parte in ogni atto di assistenza giudiziaria.

10 Lo Stato richiedente non ha lo status di parte nei procedimenti di assistenza giudiziaria.

11 Di seguito sono riportati alcuni esempi di quale persona è considerata parte - e quindi parte autorizzata ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP - in specifici procedimenti di assistenza giudiziaria:

- Nel caso di misure relative a un **conto bancario**, in linea di principio solo il titolare del conto, in subordine al massimo il cosiddetto "titolare effettivo" e in casi eccezionali la banca che detiene il conto.
- Nel caso di **perquisizioni domiciliari** (art. 244 CPP), la persona che ha l'effettivo potere di disporre dei locali perquisiti. Può trattarsi dell'inquilino o del proprietario.
- Nel caso di misure relative a **veicoli a motore**, il proprietario del veicolo.
- Nel caso di **ordini di consegna** (art. 265 CPP), la persona obbligata alla consegna.
- Nel caso di **perquisizioni** di persone (art. 249 f. CPP), la persona perquisita.
- In caso di **consegna per confisca o restituzione**, anche il terzo che agisce in buona fede (art. *74a* cpv. 4 lett. c AIMP).
- In caso di **interrogatorio** con assistenza legale (art. 142 e segg. CPP), si distingue in base alla funzione in cui la persona deve essere interrogata: l'imputato e la persona che fornisce informazioni ai sensi dell'art. 178 lett. d CPP hanno sempre lo status di parte. Il testimone, invece, ha la qualità di

parte solo se le sue stesse dichiarazioni riguardano anche lui o se può invocare il diritto di non testimoniare.

In linea di principio, anche le persone sopra citate hanno la qualità di parte se hanno dovuto subire il relativo procedimento penale nell'ambito del procedimento penale svizzero e le prove raccolte a tale riguardo sono incluse nel procedimento di assistenza giudiziaria. 12

C. CONSEGUENZE PROCEDURALI DELLA QUALITÀ DI PARTE

La qualità di parte nel procedimento di assistenza giudiziaria comporta, in particolare, il diritto di prendere visione degli atti e il diritto di partecipazione ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP. 13

In linea di principio, la concessione dello status di parte e dei diritti di parte non richiede una **decisione formale**, mentre il rifiuto sì. La decisione con cui l'autorità esecutiva nega la qualità di parte a una persona che chiede giustizia e quindi rifiuta il diritto di visionare i fascicoli e il diritto di partecipazione deve essere trattata dal punto di vista procedurale come una decisione definitiva nei confronti di tale persona, che può essere impugnata presso la Camera d'appello del Tribunale penale federale. 14

L'autorità esecutiva ha un potere **discrezionale** nel valutare lo status di parte. In particolare, può concedere diritti di parte anche se la qualità di parte è dubbia e non è necessariamente obbligata a ordinare l'esclusione della parte che chiede un'azione legale. 15

Il presupposto per l'esercizio del diritto di prendere visione degli atti e di rilasciare dichiarazioni è il **domicilio/la sede legale** o il **domicilio eletto in** Svizzera. 16

IV. DIRITTO DI CONSULTAZIONE DEI FASCICOLI

Il diritto di consultare gli atti ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP ha lo scopo di consentire alla parte del procedimento di assistenza giudiziaria di ottenere informazioni sugli atti processuali al più tardi prima della conclusione formale del procedimento di assistenza giudiziaria (sentenza definitiva ai sensi dell'art. *80d* AIMP o esecuzione semplificata ai sensi dell'art. *80c* AIMP), al fine di poter esercitare in particolare il diritto di fare una dichiarazione. 17

A. OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DEI FASCICOLI COME PREREQUISITO

18 Il diritto di consultare i fascicoli implica l'obbligo di conservazione da parte delle autorità di assistenza giudiziaria. In particolare, le autorità di assistenza legale sono tenute a registrare nei fascicoli tutto ciò che si riferisce al caso e che può essere **rilevante per la decisione**. I tipici fascicoli di assistenza legale comprendono

- la richiesta di assistenza legale (tradotta), compresi gli allegati;
- eventuali richieste supplementari;
- gli ordini di assistenza legale emessi;
- l'ordine di delega dell'Ufficio federale di giustizia;
- le prove da consegnare
- le osservazioni delle parti; e
- la corrispondenza con l'autorità richiedente relativa alla decisione.

19 I **fascicoli amministrativi interni** creati in relazione all'esecuzione del procedimento di assistenza giudiziaria, in particolare gli appunti nei fascicoli dell'autorità di esecuzione, le copie delle e-mail tra le autorità o gli appunti delle conversazioni telefoniche, non devono essere classificati come rilevanti.

20 Nel contesto della cooperazione internazionale tra le autorità di perseguimento penale, le cosiddette **riunioni di coordinamento** si tengono ripetutamente nel periodo precedente o durante l'esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria. Nell'ambito di applicazione del CPP, il Tribunale federale ha stabilito che le riunioni internazionali tra le autorità di contrasto che si limitano a questioni di puro coordinamento non sono coperte dall'obbligo di verbalizzazione e non sono quindi incluse nei fascicoli penali. Questo principio si applica anche ai procedimenti di assistenza giudiziaria.

21 La questione se una cosiddetta trasmissione spontanea ai sensi dell'**art.*67a* AIMP**, che costituisce la base di una successiva richiesta di assistenza giudiziaria, debba o meno essere inclusa nei fascicoli dei procedimenti di assistenza giudiziaria ha ricevuto una risposta essenzialmente negativa nella giurisprudenza del Tribunale federale. Tuttavia, se la notifica ai sensi dell'art. *67a* AIMP non è o non è mai stata inserita negli archivi dell'assistenza

giudiziaria, non vi è - di conseguenza - alcuna protezione legale in relazione alla trasmissione non richiesta. Ciò è in contrasto con la vecchia giurisprudenza della Corte suprema, secondo la quale le violazioni dell'art. *67a* AIMP possono essere generalmente criticate nell'ambito della sentenza definitiva. Secondo l'opinione qui espressa, le trasmissioni spontanee ai sensi dell'art. *67a* AIMP sono solo molto raramente decisive per il procedimento di assistenza legale. Ciò è dovuto al fatto che regolarmente non contengono alcuna constatazione per il procedimento di assistenza giudiziaria che vada oltre la richiesta di assistenza giudiziaria. A causa della situazione giuridica poco chiara descritta sopra, le autorità di esecuzione dovrebbero, in caso di dubbio, consultare le relazioni ai sensi dell'art. *67a* AIMP sui fascicoli di assistenza giudiziaria. Una restrizione dell'accesso ai fascicoli a questo proposito può comunque essere esaminata sulla base dell'art. *80b* cpv. 2 AIMP.

In pratica, le autorità di esecuzione aprono generalmente un procedimento di assistenza giudiziaria per ogni richiesta di assistenza giudiziaria e aprono i fascicoli di conseguenza. In alternativa, è possibile aprire una procedura di assistenza giudiziaria per ogni **elemento di prova o bene**. Ciò ha particolarmente senso se una richiesta di assistenza giudiziaria coinvolge numerosi provvedimenti penali che interessano diverse parti. 22

B. AMBITO DEL DIRITTO DI CONSULTARE I FASCICOLI

Il diritto della parte del procedimento di assistenza giudiziaria di prendere visione dei fascicoli non è affatto onnicomprensivo. In particolare, è limitato in **termini personali** ai fascicoli processuali che sono rilevanti per la parte interessata. Di conseguenza, in particolare, non esiste un diritto di accesso agli atti di indagine o alle prove raccolte per le quali la parte che richiede assistenza legale non è parte. Le informazioni rilevanti a questo proposito possono anche essere rese irriconoscibili dall'autorità di esecuzione nella richiesta di assistenza legale. Lo stesso vale per le questioni di fatto che non sono rilevanti per questa parte. 23

C. MODALITÀ DEL DIRITTO DI CONSULTAZIONE DEI FASCICOLI

24 L'autorità di esecuzione è **responsabile** della conservazione dei fascicoli e dell'accesso agli stessi. Essa decide cosa deve essere contenuto nei fascicoli e la portata del diritto delle parti di prenderne visione. Chi vuole accedere ai fascicoli può fare affidamento sul fatto che solo le parti non soggette al diritto di accesso ai fascicoli sono state effettivamente rimosse o rese irriconoscibili.

25 L'accesso ai fascicoli è concesso su **richiesta** e viene generalmente effettuato presso la sede della rispettiva autorità di esecuzione. Non vi è alcun diritto alla consegna di fascicoli originali o di copie. Tuttavia, molte procure inviano i fascicoli alle parti o ai loro rappresentanti legali in formato digitale. In alcuni casi, i fascicoli originali possono essere consegnati a un avvocato abilitato. Se la parte è d'accordo, l'autorità di assistenza legale può notificare i fascicoli in formato elettronico per la consultazione, ai sensi dell'art. 26 cpv. ^{1bis} PA. Tuttavia, non esiste alcun diritto alla notifica elettronica.

D. TEMPI DI CONCESSIONE DELL'ACCESSO AI FASCICOLI

26 L'accesso ai fascicoli deve essere concesso al più tardi prima della conclusione del procedimento di assistenza legale (sentenza definitiva ai sensi dell'art. *80d* o esecuzione semplificata ai sensi dell'art. *80c* AIMP).

27 Il diritto di accesso al fascicolo ai sensi dell'art. *80b* cpv. 1 AIMP sussiste fintanto che è necessario per salvaguardare gli interessi della parte del procedimento di assistenza giudiziaria. Di conseguenza, la parte non ha più il diritto di consultare i fascicoli una volta concluso il procedimento di assistenza giudiziaria (cfr. anche gli artt. *80m* cpv. 2 e *80n* cpv. 2 AIMP).

E. PROCEDURA DI RICORSO

28 Ai fini dello svolgimento del **procedimento di appello**, la Camera d'appello del Tribunale penale federale può chiedere all'autorità di esecuzione di presentare i fascicoli processuali ai sensi dell'art. 57 cpv. 1 PA. La presentazione dei fascicoli processuali è un dovere ufficiale nel contesto dell'assistenza amministrativa.

Tuttavia, l'obbligo dell'autorità di esecuzione di consegnare i fascicoli alla Camera d'appello del Tribunale penale federale riguarda solo i documenti su cui si basa la decisione impugnata, ossia i fascicoli per i quali la parte ha il diritto di prendere visione. Secondo la prassi, solo questi fascicoli devono essere messi a disposizione della Camera d'appello del Tribunale penale federale nella forma appropriata (cioè con eventuali coperture). Di conseguenza, l'istanza d'appello non effettua alcuna selezione (ad esempio, per parti). 29

Se mancano i documenti processuali rilevanti per la decisione, la Camera d'appello del Tribunale penale federale si rivolge all'autorità di esecuzione secondo la prassi. Se quest'ultima non mette nuovamente a disposizione della corte i documenti rilevanti, ciò costituisce una violazione del diritto al contraddittorio secondo la giurisprudenza del Tribunale penale federale. 30

V. "DIRITTO DI PARTECIPAZIONE

Dal "diritto di partecipazione" di cui all'art. *80b* cpv. 1 AIMP, la giurisprudenza ricava essenzialmente il **diritto a una dichiarazione preventiva**. 31

Ulteriori "**diritti di partecipazione**" nei procedimenti di assistenza giudiziaria derivano in particolare dalle disposizioni dell'AIMP e del CPP. 32

A. DIRITTO ALLA DICHIARAZIONE PREVENTIVA

Il diritto alla dichiarazione preventiva (art. *80b* cpv. 1 AIMP in combinato disposto con l'art. 30 PA) è l'elemento centrale del diritto al contraddittorio. Nel caso dell'assistenza legale per i minori, esso esiste solo per quanto riguarda la decisione finale (art. 80d*AIMP*). Viene salvaguardato se la parte viene invitata a presentare una **dichiarazione scritta** prima della conclusione del procedimento di assistenza legale, indicando le prove/gli elementi da consegnare. In questo modo la parte ha la possibilità di commentare il procedimento di assistenza giudiziaria, di presentare richieste e, se necessario, di presentare prove. In pratica, è consuetudine che l'autorità di esecuzione fissi un termine per le osservazioni della parte e chieda allo stesso tempo se essa accetta irrevocabilmente l'esecuzione semplificata ai sensi dell'art. *80c* AIMP. Il termine per la dichiarazione non dovrebbe essere inferiore a 10 giorni. In particolare, nel fissare il termine si deve tenere conto della complessità del procedimento di assistenza giudiziaria e della portata del 33

fascicolo. In determinate circostanze, l'autorità di esecuzione può prorogare il termine. Tuttavia, non è previsto il diritto a un'audizione orale.

34 I seguenti diritti delle parti nei procedimenti di assistenza giudiziaria sono correlati al diritto alla dichiarazione preventiva o hanno una **funzione ausiliaria** al riguardo:

- Diritto all'apertura delle sentenze (art. *80m* AIMP e art. 34 cpv. 1 PA);
- Diritto di consultare i fascicoli (art. *80b* cpv. 1 AIMP e art. 26 e segg. PA);
- Diritto alla motivazione della sentenza (art. *80a* e *80d* AIMP e art. 35 cpv. 1 PA);
- Diritto alla rappresentanza e alla consulenza gratuita (art. 21 AIMP e art. 29 cpv. 3 Cost.).

B. DIFFERENZIAZIONE DALL'ART. *65A* AIMP

35 Occorre distinguere tra i diritti delle parti in un procedimento di assistenza giudiziaria e i diritti di partecipare all'assunzione di prove nell'ambito dell'indagine penale straniera su cui si basa il procedimento di assistenza giudiziaria.

36 Se lo Stato richiedente chiede, sulla base del proprio diritto processuale, che, ad esempio, l'imputato, un coimputato o l'attore privato o il loro legale siano direttamente presenti all'assunzione di prove in Svizzera, l'autorità di esecuzione può autorizzare tale richiesta sulla base dell'art. *65a* AIMP o di analoghe disposizioni del trattato internazionale. In termini di sostanza, il diritto di assistere riguarda principalmente le udienze (art. 142 e segg. CPP). Sarebbe anche possibile partecipare alle ispezioni (art. 193 CPP) e alla raccolta di perizie (cfr. art. 185 CPP). Tuttavia, le parti dell'indagine penale straniera non hanno alcuno status di parte nel procedimento di assistenza giudiziaria.

VI. RESTRIZIONI

37 Il diritto di essere ascoltati non è assoluto. È limitato in particolare da interessi pubblici prevalenti o da interessi legittimi di terzi. Per quanto riguarda il diritto di consultare i fascicoli, l'art. *80b* cpv. 2 AIMP disciplina i

motivi che giustificano una restrizione e l'art. *80b* cpv. 3 AIMP specifica il principio di proporzionalità in questo contesto.

Per quanto riguarda il **diritto preliminare di rilasciare dichiarazioni**, non è chiaro in che misura le disposizioni dell'art. *80b* cpv. 2 e 3 dell'AIMP possano essere rilevanti. 38

Le disposizioni restrittive dell'art. *80b* cpv. 2 e 3 si applicano solo se esiste un diritto di consultazione dei fascicoli: Cioè, lo specifico elemento del fascicolo si trova nel fascicolo del caso (di conseguenza, è particolarmente rilevante per la decisione) ed è rilevante per la persona che richiede l'accesso al fascicolo. Inoltre, il diritto deve sussistere anche in termini di tempo, ossia il procedimento di assistenza legale deve essere in linea di principio concluso prima della conclusione formale. 39

A. MOTIVI DELLA RESTRIZIONE (ART. *80B* CPV. 2)

I motivi alternativi per limitare il diritto di accesso ai fascicoli sono indicati nell'art. *80b* cpv. 2 lett. a-e AIMP. Tuttavia, questo **elenco**, **formulato in** modo molto **generale**, non è esaustivo: in particolare, secondo la giurisprudenza, il diritto di consultare i fascicoli può essere limitato anche sulla base dell'art. 27 PA. 40

1. Nell'interesse dello Stato richiedente (lett. a e b)

Il diritto di consultare i fascicoli può essere limitato nell'interesse dello Stato richiedente, vale a dire “nell'interesse del procedimento penale estero” (art. *80bcpv.* 2 lett. a AIMP) o “per tutelare un interesse giuridico sostanziale, se lo Stato richiedente lo richiede” (art. 80b*cpv.* 2 lett. b AIMP). 41

Come ha già correttamente riconosciuto Heimgartner, entrambe le varianti del reato richiedono almeno una **richiesta** implicita da parte dell'autorità richiedente di limitare il diritto di consultare i documenti. In queste varianti del reato, che non possono essere chiaramente distinte, la restrizione può in definitiva riguardare solo alcune sezioni della richiesta di assistenza legale o dei suoi allegati. I motivi per cui l'autorità richiedente chiede di limitare il diritto di consultare i fascicoli potrebbero essere, in particolare 42

- rischio di collusione nell'indagine penale estera;
- sicurezza interna ed esterna dello Stato richiedente;

- sicurezza delle persone coinvolte nell'indagine penale straniera (testimoni, persone che forniscono informazioni, imputati, esperti, traduttori e membri dell'autorità giudiziaria o loro parenti);
- interessi privati, come cartelle cliniche o segreti di produzione, commerciali e brevettuali dello Stato richiedente.

43 Nell'esaminare la restrizione del diritto di accesso ai fascicoli, si deve tenere conto in particolare del fatto che si applica il **principio di fiducia** previsto dal diritto internazionale, ossia che si può generalmente fare affidamento sull'accuratezza delle dichiarazioni rese dall'autorità richiedente. L'autorità interpellata non deve quindi verificare se, ad esempio, esiste effettivamente un rischio di collusione nell'indagine penale estera.

2. Natura o urgenza del provvedimento da adottare (lett. c)

44 L'art. *80b* cpv. 2 lett. c AIMP stabilisce che il diritto di consultare i fascicoli può essere limitato a causa della natura o dell'urgenza delle misure da adottare. Secondo il dispaccio, questa variante del reato dovrebbe in particolare consentire di limitare il diritto della parte di visionare i fascicoli prima del sequestro (art. 263 e segg. CPP) e della confisca (art. 69 e segg. CP). La dottrina, invece, associa la disposizione alle misure di sorveglianza segreta (art. 269 e segg. CPP).

45 Secondo l'opinione qui espressa, l'art. *80b* cpv. 2 lett. c AIMP è lettera morta, in quanto non esistono costellazioni riconoscibili in cui il campo di applicazione potrebbe essere applicato: Da un lato, non esiste alcun diritto all'accesso agli atti in vista di misure processuali penali come il sequestro, la sorveglianza e il monitoraggio del traffico postale e delle telecomunicazioni. Dall'altro, i diritti delle parti devono essere garantiti prima della sentenza definitiva. Non è un caso che non esista una giurisprudenza pertinente su questa disposizione.

3. Protezione di interessi privati essenziali (lett. d)

46 Il diritto di consultare i fascicoli può essere limitato anche per tutelare interessi privati sostanziali (art. *80b* cpv. 2 lett. d AIMP). Gli interessi privati di riservatezza si riferiscono alla protezione della riservatezza e della privacy. Si tratta di cartelle cliniche o di segreti di fabbricazione, commerciali e brevettuali.

4. Nell'interesse di un procedimento svizzero (lett. e)

Se in Svizzera e nello Stato richiedente sono in corso indagini penali correlate, l'accesso ai fascicoli nell'ambito di una procedura di assistenza giudiziaria può essere limitato nell'interesse dell'indagine penale svizzera (art. *80b* cpv. 2 lett. e AIMP). Ciò vale in particolare per il rischio di collusione nel procedimento penale svizzero o per la sicurezza delle persone coinvolte nell'indagine penale svizzera (testimoni, persone che forniscono informazioni, imputati, esperti, traduttori e membri delle autorità di perseguimento penale o loro familiari). 47

5. Interessi pubblici sostanziali della Confederazione o dei Cantoni (art. 27 cpv. 1 lett. a PA).

L'autorità di esecuzione può anche rifiutare l'accesso ai fascicoli se interessi pubblici essenziali della Confederazione o dei Cantoni, in particolare la sicurezza interna o esterna della Confederazione, richiedono la riservatezza (art. 27 cpv. 1 lett. a PA). Secondo il Tribunale penale federale, vi è un particolare interesse degno di protezione nel garantire la sicurezza degli informatori e delle persone di contatto e nel non rivelare il modo in cui le autorità svizzere e le loro rappresentanze estere ottengono informazioni. Nella pratica, ciò ha riguardato in particolare le dichiarazioni rilasciate dal Dipartimento federale degli affari esteri all'Ufficio federale di giustizia in merito alle istituzioni dello Stato richiedente. 48

B. RESTRIZIONI AL RIFIUTO DI ACCESSO

L'accesso può essere negato solo ai documenti per i quali sussistono motivi di riservatezza (art. *80b* cpv. 3 AIMP). Di conseguenza, il rifiuto deve essere limitato allo **stretto necessario** e il restante contenuto dei fascicoli o il relativo elemento del fascicolo che non deve essere tenuto segreto deve essere reso accessibile in forma adeguata (segregazione, copertura dei passaggi da tenere segreti, nomi e dati identificativi degli autori e delle persone di contatto, ecc.) 49

C. QUESTIONI PROCEDURALI

50 L'art. *80b* cpv. 2 dell'AIMP è una cosiddetta **disposizione facoltativa**. Ciò significa che l'autorità di esecuzione ha un potere discrezionale nel decidere se - se le condizioni sono soddisfatte - limitare l'accesso ai file.

51 Secondo la giurisprudenza, l'autorità di esecuzione non può basare la sua decisione finale su documenti segreti o parti di documenti inaccessibili alle parti. Se intende basarsi su un documento segreto a scapito di una parte, deve informarla oralmente o per iscritto del suo contenuto essenziale e darle la possibilità di presentare osservazioni.

52 La restrizione dell'accesso al fascicolo ai sensi dell'art. *80b* cpv. 2 AIMP può essere contestata solo nell'ambito della sentenza definitiva.

L'autore è un procuratore federale nel settore dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. La sua opinione legale è indipendente da quella del suo datore di lavoro. L'autore è assistente di ricerca presso l'Università di Zurigo. I termini del testo che si riferiscono a persone si applicano in egual misura a donne e uomini.

BIBLIOGRAFIA

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, S. 112–117.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 2023, S. 212–216.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Garré Roy, Kommentierung zu Art. 35 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Hansjakob Thomas/Pajarola Umberto, Kommentierung zu Art. 272 StPO, in Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Einführung IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria/Bozanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale: hoirie, société dissoute et liquidée et trust, AJP 2022, S. 146-155.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80*b* IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand, Basel 2004.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel et al. 2001.

Riklin Franz, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014.

Daniel Schaffner/Yves Rohner, Kommentierung zu Art. 67a IRSG, in: Lukas Staffler/Maria Ludwiczak Glassey (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 29.11.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg67a (besucht am 28.1.2025), DOI: 10.17176/20241129-095601-0.

Sprenger Thomas, Kommentierung zu Art. 65*a* IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

Seethaler Frank/Plüss Kaspar, Kommentierung zu Art. 57 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Waldmann Bernhard/Bickel Jürg, Kommentierung zu Art. 30 VwVG in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Patrick Sutter, Kommentierung zu Art. 30 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, Kommentierung zu Art. 26 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

I MATERIALI

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter BBl 1995 III 1 - Botschaft betreffend die Änderu... | Fedlex (admin.ch), besucht am 4.4.2024 (zit. Botschaft IRSG)

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80h AIMP

Un commentario di Clara Poglia / Michaël Jakubowski

CITAZIONE SUGGERITA

Clara Poglia/Michaël Jakubowski, Commentario all'art. 80h AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Poglia/Jakubowski, art. 80h AIMP N. XXX.

Art. 80h Diritto di ricorrere

Ha diritto di ricorrere:

a. l'Ufficio federale;

b. chiunque è toccato personalmente e direttamente da una misura d'assistenza giudiziaria e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della stessa.

STRUTTURA

I. Introduzione 403
II. Storia dell'art. 80h EIMP 403
III. Legittimazione a ricorrere 404
A. Ufficio federale (lettera a) 404
B. Legittimazione all'impugnazione di altri soggetti (lett. b) 405
C. Casi contemplati dall'art. 9a OEIMP 407
1. Nel caso di informazioni su un conto bancario (art. 9a lett. a OEIMP) 407
a. Il titolare del conto 408
b. La banca 409
c. Il beneficiario effettivo 409
d. Terzi 412
2. Perquisizioni e sequestri (art. 9a let. b OEIMP) 413
3. Misure relative a un veicolo a motore (art. 9a let. c OEIMP) 415
D. Altri casi 416
1. Audizioni 416
a. L'imputato 416
b. Il testimone 416
c. La persona chiamata a dare informazioni 416
d. Terzi 417
e. Persone giuridiche 417
2. Presentazione di documenti di procedimenti svizzeri 418
3. Documenti in possesso di altre autorità 419
4. Persone sottoposte a misure di sorveglianza segreta 420
IV. Conclusioni 421
Bibliografia 421

I. INTRODUZIONE

L'articolo 80 nonies EIMP, contenuto nella terza parte dell'EIMP (art. 63 e segg. EIMP), disciplina il diritto di ricorso contro altri atti di assistenza. 1

L'articolo 80h EIMP si applica al controllo di ammissibilità effettuato dalla Corte dei reclami del Tribunale penale federale. In caso di ricorso al Tribunale federale, si applicherà l'art. 89 dell'AFC, anche se questa differenza non ha alcun significato pratico. 2

Nella misura in cui l'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale è una procedura amministrativa, la PA si applica per analogia, salvo disposizioni contrarie (art. 12 cpv. 1 EIMP). Tuttavia, poiché l'articolo 80h dell'IMA disciplina già il diritto di ricorso, questa disposizione prevale sull'articolo 48 AP come lex specialis. 3

Nel caso dell'assistenza giudiziaria in materia penale con gli Stati Uniti, l'art. 17a LTEJUS si applica come lex specialis all'art. 80h EIMP. Tuttavia, queste due disposizioni sono redatte in modo identico e hanno quindi la stessa portata. 4

Il presente contributo inizierà con una breve presentazione del contesto storico dell'art. 80h EIMP (cap. II), prima di esaminare in modo più dettagliato le sue condizioni di applicazione (cap. III.A e B), seguite dalle relative regole stabilite dall'art. 9a OEIMP, la disposizione che concretizza tali condizioni (cap. III.C). Si concluderà con una rassegna della giurisprudenza sulla legittimazione ad agire in caso di trasmissione di (i) verbali (sezione III.D.1), (ii) documenti di procedimenti svizzeri (sezione III.D.2), (iii) documenti in possesso di autorità svizzere diverse da quelle penali (sezione III.D.3) e infine (iv) prove ottenute mediante misure di sorveglianza segreta (sezione III.D.4). 5

II. STORIA DELL'ART. 80H EIMP

L'articolo 80h EIMP è stato introdotto il 1° febbraio 1997 nell'ambito di un'importante revisione della legge. 6

Il legislatore aveva individuato i punti deboli del sistema in vigore all'epoca, ritenendo in particolare eccessiva la durata dei procedimenti esecutivi, imputabile alla molteplicità delle procedure di ricorso che prevalevano a 7

causa della struttura federalista della Svizzera. Ha inoltre rilevato l'uso abusivo dei rimedi legali a fini dilatori da parte di persone che spesso si dichiaravano falsamente aventi diritto.

8 L'obiettivo della revisione era quindi quello di semplificare e accelerare le procedure di assistenza giudiziaria, in particolare limitando il diritto di ricorso alle persone direttamente e personalmente interessate da una misura di assistenza giudiziaria.

9 La condizione alternativa che esisteva in precedenza, in base alla quale il diritto di ricorso spettava anche alla persona i cui diritti di difesa potevano essere compromessi nel procedimento penale straniero, è stata abolita. Il legislatore ha ritenuto che l'imputato non dovesse essere più protetto di altre parti, soprattutto perché poteva ancora agire nel procedimento penale nello Stato richiedente.

10 Le proposte di abolire completamente il ricorso sono state respinte in quanto non sufficientemente rispettose dei diritti fondamentali.

11 Il testo rivisto dell'IMA contiene numerose ridondanze. Lo dimostrano, ad esempio, l'art. 21 cpv. 3 dell'IMA, che disciplina il diritto di appello dell'imputato, e l'art. 80h lett. b dell'IMA, che ribadisce esattamente gli stessi principi sia per la persona interessata sia per tutte le persone coinvolte nel contesto di altri atti di assistenza giudiziaria (in particolare l'amministrazione e la consegna di prove e il sequestro di oggetti o beni ai fini della confisca - cfr. art. 63 dell'IMA). Il legislatore ha deliberatamente adottato questo stile, ritenendo che la ripetizione fosse preferibile ai continui riferimenti in una legge complessa come l'IMA.

12 Ciò premesso, la legittimazione ad agire in relazione ad altri atti di assistenza reciproca sarà esaminata esclusivamente dal punto di vista dell'art. 80 nonies dell'IMA, il cui ambito di applicazione è identico a quello dell'art. 21 cpv. 3 dell'IMA.

III. LEGITTIMAZIONE A RICORRERE

A. Ufficio federale (lettera a)

13 L'articolo 80h, lettera a dell'IMA conferisce la legittimazione a ricorrere all'"Ufficio federale", intendendo per tale l'Ufficio federale di giustizia.

Quest'ultimo può quindi ricorrere liberamente contro le decisioni di estinzione della procedura prese dalle autorità esecutive cantonali e federali, senza che debbano essere soddisfatte altre condizioni. Lo scopo di queste disposizioni è quello di consentirgli di esercitare il suo ruolo di autorità di vigilanza in materia di assistenza giudiziaria in materia penale. 14

L'intervento di questa autorità può, se necessario, servire gli interessi di terzi quando ciò è richiesto per la corretta applicazione dell'IMAC e delle convenzioni internazionali. In pratica, tuttavia, l'Ufficio federale di giustizia tenderà a promuovere un'ampia cooperazione con i Paesi stranieri e potrà agire nell'interesse dello Stato richiedente, che in linea di principio non è parte del procedimento di esecuzione. 15

B. Legittimazione all'impugnazione di altri soggetti (lett. b)

A rigore, l'art. 80h lett. b dell'IMA richiede la duplice condizione (i) di essere personalmente e direttamente interessati da una misura di assistenza reciproca e (ii) di avere un interesse degno di tutela all'annullamento o alla modifica di tale misura. 16

Per misure di assistenza giudiziaria si intendono tutte le misure adottate dalle autorità svizzere in esecuzione di una rogatoria, ossia principalmente l'acquisizione di prove (se necessario con misure coercitive) e la loro consegna allo Stato richiedente. 17

La persona perseguita all'estero può presentare ricorso alle stesse condizioni (cfr. anche art. 21 cpv. 3 EIMP). Il semplice fatto che la trasmissione di informazioni possa comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato non è quindi sufficiente a conferire la legittimazione a ricorrere. 18

La legittimazione a ricorrere è esaminata d'ufficio dal Tribunale penale federale, che non è vincolato da una posizione più favorevole eventualmente concessa dall'autorità di esecuzione. 19

L'interesse su cui si basa la legittimazione a ricorrere può essere di diritto o di fatto. Tuttavia, il ricorrente deve essere colpito più di chiunque altro o del pubblico in generale da un interesse importante derivante dalla sua situazione in relazione alla questione controversa. 20

Un interesse degno di tutela sussiste quando la situazione di fatto o di diritto del ricorrente può essere influenzata dall'esito della causa. L'ammissione del 21

ricorso deve procurare al ricorrente un vantaggio economico, materiale o ideale. In assenza di un interesse proprio meritevole di tutela, non è necessario entrare nel merito dei ricorsi presentati in luogo e in vece di un terzo.

22 L'espressione "e" che collega le due condizioni dell'art. 80h lett. b dell'EIMP potrebbe far pensare che esse siano cumulative. Tuttavia, l'interpretazione giurisprudenziale di questa disposizione non è così netta.

23 Infatti, il Tribunale federale ritiene che chiunque sia direttamente e personalmente colpito da una misura di assistenza reciproca sia già legittimato ad agire, in particolare quando si tratta di una misura di coercizione - la condizione di un interesse degno di tutela non ha quindi una portata aggiuntiva indipendente. Nonostante questa giurisprudenza, in alcuni casi sarà comunque richiesto un interesse degno di tutela, in particolare per quanto riguarda il testimone e la presentazione del suo rapporto.

24 D'altro canto, vi sono alcune costellazioni in cui la condizione di un interesse meritevole di tutela sarà l'unica decisiva secondo la giurisprudenza, non avendo in questi casi alcuna rilevanza il fatto di essere interessati da una misura di assistenza giudiziaria.

25 Queste soluzioni diverse e talvolta contrastanti - che rendono la questione difficile da comprendere - hanno origine principalmente nell'attuazione dell'art. 80h lett. b dell'EIMP da parte dell'art. 9a dell'OEIMP. Questa disposizione specifica chi ha il diritto di ricorrere in caso di informazioni su un conto bancario (lettera a), di perquisizioni (lettera b) o di misure relative a un veicolo a motore (lettera c). Poiché queste sono le costellazioni più frequenti, l'importanza di questa disposizione è notevole nella pratica.

26 In secondo luogo, la giurisprudenza ai sensi dell'articolo 80h let. b dell'IMA è il risultato di un deliberato bilanciamento da parte del legislatore tra gli imperativi relativi, da un lato, alla rapida esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria (che non deve essere complicata da rimedi troppo estesi) e, dall'altro, alla necessità di un'adeguata tutela giuridica per le persone strettamente coinvolte nella misura di assistenza giudiziaria.

27 Talvolta un'interpretazione troppo rigida dell'art. 80h lett. b dell'EIMP può portare all'inaccettabile conseguenza che nessuna persona sia, anche solo teoricamente, legittimata a presentare ricorso. Per porre rimedio a questa

situazione e garantire l'esistenza di un rimedio legale effettivo, la giurisprudenza stabilisce delle eccezioni, a seconda delle circostanze del caso, che possono talvolta discostarsi dal testo dell'art. 80h lett. b dell'EIMP.

Poiché il presente contributo vuole essere principalmente pratico, non ci soffermeremo ulteriormente sulla portata generale dell'art. 80h lett. b dell'EIMP, poiché questa può variare da caso a caso. Di seguito illustreremo invece le soluzioni concrete elaborate dalla giurisprudenza nelle numerose costellazioni che si sono verificate negli ultimi anni. Inizieremo con l'esaminare le norme previste dall'art. 9a EIMPO - i casi più frequenti nella pratica - e poi quelle che non sono contemplate da questa disposizione e che emergono dalla prassi dei tribunali. 28

C. Casi contemplati dall'art. 9a OEIMP

1. Nel caso di informazioni su un conto bancario (art. 9a lett. a OEIMP)

Ai sensi dell'art. 9a lett. a OEIMP, il titolare di un conto bancario è considerato personalmente e direttamente interessato quando vengono gestite informazioni sul conto. 29

L'art. 9a lett. a OEIMP riguarda principalmente le informazioni ottenute dalle banche. 30

Invece, quando la documentazione è ottenuta da altri agenti, come un fiduciario o un avvocato, il Tribunale federale ha escluso l'applicazione dell'art. 9a let. a OEIMP a favore dell'art. 9a lett. b OEIMP, secondo il quale la persona che ha il possesso immediato della cosa sequestrata è legittimata a presentare ricorso. In questi casi, il titolare del conto corrente interessato non ha più il diritto di presentare ricorso, cosa che sarebbe stata possibile se il provvedimento fosse stato adottato nei confronti di una banca. Questa posizione non è convincente, soprattutto quando i documenti sequestrati riguardano una vera e propria trasmissione di documentazione bancaria ai sensi dell'art. 9a lett. a OEIMP (per maggiori dettagli, si veda infra, n. 60). 31

Le seguenti considerazioni valgono sia nel caso in cui il ricorrente contesti la trasmissione di informazioni bancarie, sia nel caso in cui i relativi conti siano bloccati. 32

a. Il titolare del conto

33 L'articolo 9a lettera a dell'OEIMP riconosce il diritto di ricorso innanzitutto al titolare del conto quando vengono gestite informazioni su un conto bancario.

34 Per titolare del conto si intende la persona che figura come tale nella documentazione bancaria rilasciata. Una persona che apre un conto sotto falso nome o pseudonimo, in particolare presentando alla banca documenti d'identità falsi, non può pretendere di essere il titolare del conto nascosto. Tuttavia, il Tribunale federale ha previsto un'eccezione per coloro che dimostrano di essere effettivamente il titolare del conto e ha chiarito le ragioni che spiegano, o addirittura giustificano, l'occultamento della loro vera identità.

35 Nel caso in cui più persone siano cointestatarie di un conto, la legittimazione ad agire dovrebbe essere conferita a ciascuna di esse individualmente.

36 In caso di morte del titolare del conto, il diritto di regresso deve essere esercitato per conto di tutti gli eredi che formano la comunione ereditaria, eventualmente da un rappresentante comune, un esecutore testamentario o un amministratore dell'eredità. La comunione ereditaria in quanto tale non ha valore legale. Tuttavia, esistono due eccezioni a questa regola, basate sulla giurisprudenza di diritto civile. Un erede può agire da solo (i) in caso di emergenza per salvaguardare temporaneamente gli interessi della comunione ereditaria, o (ii) quando la comunione ereditaria è in preda a una controversia interna che coinvolge tutti i suoi membri.

37 Se il conto è detenuto da un trustee a nome di un trust (ad esempio con la formula "X come trustee del Trust Y"), la legittimazione ad agire è conferita al trustee, in quanto il trust in quanto tale non ha la capacità di agire in giudizio. Il ricorrente deve quindi assicurarsi che il suo ricorso sia presentato a nome del trustee e non del trust, a pena di inammissibilità. Un progetto di legge per introdurre l'istituto del trust nel Codice delle obbligazioni è attualmente all'esame del legislatore, ma non dovrebbe, a priori, avere alcun impatto sull'attuale giurisprudenza nella misura in cui, in base alla nuova normativa, il trust continuerà a essere rappresentato in giudizio dal trustee (art. 529g cpv. 2 AP-CO).

b. La banca

Ci si può chiedere se anche la banca non debba essere legittimata ad agire sulla base dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza, nella misura in cui si sottopone, in pratica, a una misura di vincolo. 38

Questo era il caso prima dell'entrata in vigore degli artt. 80h let. b EIMP e 9a let. a OEIMP il 1° febbraio 1997. Da allora, dopo aver analizzato queste due disposizioni, il Tribunale federale ha ritenuto che il legislatore abbia deliberatamente voluto escludere la banca dalla cerchia dei ricorrenti a favore del titolare del conto. Di conseguenza, la banca non può intervenire nel procedimento di assistenza giudiziaria se si limita a fornire informazioni sui propri clienti, anche se i suoi dipendenti vengono ascoltati per fornire ulteriori spiegazioni. 39

D'altro canto, se il provvedimento incide sulla banca nella gestione dei propri affari interni, in particolare quando è essa stessa titolare del conto in questione (ad esempio un conto di transito), le sarà riconosciuta la legittimazione a presentare ricorso su tale base. Particolarmente decisivo è il fatto che la banca stia cercando di proteggere i propri segreti commerciali e non il semplice segreto bancario del proprio cliente. In questo contesto, la giurisprudenza ritiene che la banca non sia legittimata ad agire quando i documenti da trasmettere sono quelli relativi all'apertura del conto del cliente, gli estratti conto, gli avvisi di addebito e di accredito, la corrispondenza tra la banca e il suo cliente o le note telefoniche o di visita del cliente, nella misura in cui si riferiscono principalmente agli affari del cliente. Se invece i documenti da trasmettere consentono di verificare il rispetto degli obblighi di legge della banca, come ad esempio il chiarimento dell'origine dei fondi o del profilo del cliente nell'ambito del KYC, alla banca deve essere riconosciuta la legittimazione a ricorrere. 40

c. Il beneficiario effettivo

Secondo una giurisprudenza consolidata, l'avente diritto economico del conto in questione non è legittimato a proporre un ricorso ai sensi dell'articolo 80h let. b dell'EIMP. 41

Tuttavia, il Tribunale federale ha stabilito che, in caso di scioglimento della società titolare del conto, una sufficiente tutela giuridica richiede che, in via eccezionale, l'avente diritto economico sia legittimato ad agire, a condizione 42

che l'avente diritto economico provi lo scioglimento e sia il beneficiario del ricavato della liquidazione. Questa eccezione si applica anche in caso di scioglimento di una fondazione o di un trust.

43 Nella misura in cui lo scioglimento comporta la fine della personalità giuridica della persona giuridica e della sua capacità di agire e di essere citata in giudizio, il suo beneficiario effettivo deve agire a titolo personale e non per conto della persona giuridica, altrimenti la sua azione sarà dichiarata (manifestamente) inammissibile.

44 Al fine di garantire che lo scioglimento della società comporti effettivamente la cessazione definitiva della sua personalità giuridica, il tribunale potrebbe dover esaminare la legge straniera applicabile alla società ai sensi dell'art. 154 della LDIP.

45 La condizione che la società sia stata liquidata a favore del beneficiario è essenziale per determinare l'ammissibilità del ricorso. Per ricavato della liquidazione si intende il saldo dello scioglimento della società, dopo la compensazione di tutte le sue attività e passività.

46 In alcune circostanze - in particolare quando l'avente diritto non è il beneficiario del ricavato della liquidazione o non è in grado di dimostrarlo - questa condizione significa che nessuno sarà in grado di difendere i diritti della società sciolta. Secondo il Tribunale federale, questa conseguenza non è sufficiente a ribaltare la sua giurisprudenza, che ritiene abbia il merito di stabilire una continuità tra la società liquidata e il suo beneficiario.

47 Il fatto che i proventi della liquidazione non siano stati trasferiti all'avente diritto economico in prima persona, ma a un'altra società di cui anch'egli è proprietario, non gli impedisce di agire personalmente in base a questa eccezione, a condizione che possa dimostrare di essere effettivamente l'avente diritto economico di questa seconda società. Il fattore decisivo non è quale persona abbia effettivamente ricevuto i proventi della liquidazione, ma quale persona ne abbia beneficiato in ultima analisi.

48 Dimostrare che il beneficiario effettivo è effettivamente il beneficiario dei proventi della liquidazione può rivelarsi complicato nella pratica. Idealmente, ciò avverrebbe tramite documenti ufficiali, in particolare l'atto di scioglimento che menziona l'identità del beneficiario della liquidazione. Tuttavia, la giurisprudenza consente di dimostrarlo con altri documenti.

Questi altri documenti possono essere ordini di pagamento o avvisi di trasferimento emessi al momento della liquidazione della società, che dimostrano che i conti della società sono stati regolati a favore del beneficiario effettivo. Tuttavia, è essenziale dimostrare che i beni depositati nei conti liquidati sono gli unici beni della società sciolta, altrimenti la richiesta sarà inammissibile. Il Tribunale federale non vede un eccessivo formalismo nel richiedere tale prova (negativa) al ricorrente. In ogni caso, il trasferimento e la chiusura del conto devono avvenire nell'ambito dello scioglimento della società, altrimenti i beni trasferiti non possono essere considerati proventi della liquidazione ai sensi della giurisprudenza. 49

I seguenti documenti sono stati ritenuti insufficienti dalla giurisprudenza per fornire tale prova: 50

- Modulo A: se da un lato questo documento è sufficiente a dimostrare chi è il titolare effettivo del conto, dall'altro tace sull'identità del beneficiario dei proventi della liquidazione della società sciolta, due concetti che devono essere imperativamente distinti l'uno dall'altro.
- Un'attestazione degli amministratori, dei contitolari, del rappresentante della società liquidata o anche del ricorrente stesso che stabilisca l'identità del beneficiario della liquidazione: i tribunali ritengono che il valore probatorio di tali documenti sia insufficiente, in quanto si tratta di mere asserzioni.
- Documenti volti a dimostrare che la società non aveva beni: il Tribunale federale sembra richiedere la produzione di un documento che attesti l'identità del beneficiario della liquidazione, anche se la società non ha beni. A nostro avviso, questo approccio è eccessivamente formalistico, poiché l'inesistenza di beni (nella misura in cui può essere dimostrata) significa che, di fatto, non esiste un beneficiario della liquidazione. Nella giurisprudenza precedente a quella citata, il Tribunale penale federale sembrava tuttavia accettare un ragionamento ipotetico volto a determinare

a chi sarebbe stato probabilmente versato il ricavato della liquidazione, se ci fosse stato.

- Un estratto di un registro di commercio estero da cui risulta che la società era stata cancellata a causa di tasse non pagate.
- Vari documenti che dimostrino che le transazioni effettuate durante l'esistenza della società sono sempre state a favore e/o per conto del suo beneficiario effettivo: se questi documenti possono dimostrare chi ha beneficiato in ultima istanza delle transazioni effettuate durante la vita della società, non dimostrano che i proventi della liquidazione siano andati a beneficio della stessa persona.

51 Infine, il beneficiario effettivo non può avvalersi di questa eccezione se costituisce un abuso di diritto. Questo sarebbe il caso di una liquidazione il cui scopo è quello di ostacolare la procedura di assistenza giudiziaria. La giurisprudenza ha già riconosciuto un abuso in una situazione in cui cinque società perseguite all'estero sono state tutte improvvisamente sciolte meno di un anno dopo l'avvio del procedimento penale senza alcuna ragione economica apparente, o nel caso di una fondazione sciolta durante il procedimento i cui beni sono stati immediatamente utilizzati per creare una seconda fondazione identica sotto ogni aspetto.

52 Oltre all'eccezione per la liquidazione della società, ci si può chiedere se si debba stabilire un'altra eccezione a favore del beneficiario effettivo quando la società non è stata sciolta, ma è oggettivamente incapace di agire per motivi indipendenti dalla sua volontà. La giurisprudenza non sembra escludere questa ipotesi (in questo caso, il Tribunale penale federale aveva esaminato l'esistenza di un provvedimento statale che paralizzava oggettivamente gli organi di un fiduciario, ritenendolo tuttavia non sufficientemente provato).

53 In ogni caso, il semplice fatto che la società sia inattiva non apre la strada a un'azione da parte del suo beneficiario effettivo.

d. Terzi

54 I terzi sono in linea di principio esclusi dalla cerchia dei ricorrenti. Il semplice fatto che la documentazione pubblicata contenga il nome di un terzo, il numero di un conto detenuto dal terzo, o anche estratti del conto o altre informazioni relative al terzo, non è sufficiente a conferirgli la legittimazione a

presentare ricorso se non è direttamente interessato dalla misura di assistenza. Questa regola si applica anche a una persona che ha solo una procura sul conto in questione. Tuttavia, accade spesso che il soggetto legittimato a presentare ricorso, difendendo i propri interessi, si trovi a tutelare contemporaneamente quelli di terzi esclusi dal procedimento.

2. Perquisizioni e sequestri (art. 9a let. b OEIMP)

Ai sensi dell'art. 9a let. b OEIMP, il proprietario o l'affittuario è considerato personalmente e direttamente interessato in caso di perquisizione. 55

In questo senso, la persona - fisica o giuridica - che deve sottoporsi personalmente alla perquisizione, o al sequestro di oggetti o beni in questa occasione, ha il diritto di ricorrere. Questa disposizione è quindi legata al possesso immediato (potere di disposizione di fatto). In altre parole, solo coloro il cui possesso è direttamente disturbato durante la perquisizione o il sequestro sono legittimati a presentare ricorso. 56

La legittimazione ad agire non è limitata al solo proprietario o locatario dei locali che ospitano gli oggetti sequestrati, ma può estendersi al subaffittuario, all'usufruttuario o al beneficiario di qualsiasi altro diritto di abitazione simile. 57

Questi sviluppi si applicano non solo ai documenti cartacei sequestrati, ma anche ai dati elettronici. Pertanto, solo la persona che ha il possesso immediato dei locali è autorizzata a presentare ricorso contro il sequestro di un disco rigido, di un server, di una casella di posta elettronica, di un computer portatile o di una chiave USB. 58

Il ricorrente avrà anche il diritto di impugnare la trasmissione di documenti redatti durante la perquisizione, come il verbale di perquisizione o le fotografie scattate durante la perquisizione. 59

Come indicato in precedenza (cfr. N 31), in caso di sequestro di documenti bancari presso un agente diverso da una banca (fiduciario, avvocato, gestore patrimoniale), in linea di principio solo l'agente è legittimato a presentare ricorso, ad esclusione del titolare del conto. Questa differenza di trattamento rispetto a un ordine di deposito indirizzato a una banca sarebbe legata al fatto che la banca non interviene necessariamente nella gestione del conto del suo cliente, a differenza di altri agenti. Questa presunzione non ci sembra convincente, poiché non è raro che una banca abbia anche un mandato di 60

gestione. Non c'è quindi motivo per cui il titolare del conto debba avere il diritto di fare ricorso quando la documentazione viene sequestrata dalla sua banca con mandato di gestione, ma non quando viene sequestrata dal suo gestore patrimoniale, essendo le due situazioni molto simili. A nostro avviso, il titolare del conto dovrebbe essere autorizzato a presentare ricorso quando i documenti sequestrati costituiscono una vera e propria trasmissione di documenti bancari ai sensi dell'art. 9a lett. a OEIMP, seguendo l'esempio della giurisprudenza sulle udienze relative ai conti bancari (cfr. infra n. 72). In passato, una decisione del Tribunale penale federale ha adottato questa posizione, ritenendo che l'art. 9a let. a OEIMP sia una lex specialis rispetto all'art. 9a let. b OEIMP.

61 Sulla base del principio del possesso immediato, la giurisprudenza ha negato la legittimazione a ricorrere alle seguenti persone:

- La persona interessata da documenti sequestrati a terzi, anche se contengono informazioni su di lei o possono rivelare la sua identità.
- L'autore di documenti sequestrati a terzi.
- Il proprietario dell'oggetto sequestrato ai sensi del diritto civile. Ad esempio, il partner della proprietaria di un appartamento che è stato perquisito alla ricerca di dati elettronici che le appartengono non ha diritto a presentare una richiesta di risarcimento, anche se vi ha soggiornato per alcuni giorni al mese negli ultimi quindici anni. Allo stesso modo, una persona che lascia temporaneamente una valigia nell'appartamento di un amico, che viene successivamente perquisito, non ha diritto a presentare una richiesta. L'esistenza di un mandato tra il terzo che ha dovuto sottoporsi alla misura e il mandante non cambia questo principio, anche se questo rapporto contrattuale dà al mandante accesso in ogni momento agli oggetti oggetto della misura. Allo stesso modo, solo il vettore o il

magazziniere sono legittimati ad agire contro il destinatario delle merci detenute presso di loro, ad esclusione del depositante.

- Una società "letter box", ossia una società che ha la propria sede legale presso un terzo a cui è legata da un contratto di agenzia e non di locazione, nella misura in cui non ha il controllo effettivo dei locali.
- L'unico azionista o amministratore della società i cui locali sono stati perquisiti, poiché solo quest'ultimo ha il diritto di agire.
- Un dipendente che ha un account di posta elettronica con il proprio datore di lavoro, poiché solo quest'ultimo ha il diritto di intraprendere un'azione legale. Lo stesso vale se il datore di lavoro registra e archivia le telefonate del dipendente, a condizione che il dipendente sia stato informato e abbia acconsentito a questo come parte del rapporto di lavoro.
- Un utente remoto di dati elettronici memorizzati su un server situato in locali appartenenti a terzi, anche se ha accesso esclusivo. Secondo la giurisprudenza, i dati elettronici non sono autonomi di per sé ed esistono solo perché sono memorizzati su un supporto fisico. Solo chi ha un controllo effettivo sul supporto in questione ha quindi il diritto di utilizzarlo.
- Un'azienda che mette a disposizione dei propri clienti uffici fissi come spazio di co-working. In questo caso, solo il cliente - considerato come un subaffittuario dell'ufficio assegnatogli su base fissa - è legittimato ad agire.

Se gli oggetti vengono confiscati senza perquisizione (ad esempio durante una perquisizione o un fermo), il detentore che ne ha il possesso immediato è legittimato a presentare ricorso ai sensi dell'art. 9a lett. b OEIMP. 62

Nel caso di una richiesta di pubblicazione, la giurisprudenza considera questa misura equivalente a una perquisizione, per cui la legittimazione al ricorso spetta alla persona che consegna la documentazione all'autorità esecutiva. 63

3. Misure relative a un veicolo a motore (art. 9a let. c OEIMP)

Ai sensi dell'articolo 9a let. c dell'OEIMP, nel caso di provvedimenti riguardanti un veicolo a motore, in particolare un'autovettura o un aeromobile, il proprietario è legittimato a presentare ricorso. 64

65 Lo status di detentore non coincide con quello di possessore o proprietario. È determinato dalle circostanze del caso. In particolare, una persona è considerata detentrice se ha un potere effettivo e duraturo di disporre del veicolo e lo usa o lo fa usare a proprie spese o nel proprio interesse. Il conducente del veicolo al momento della perquisizione avrà quindi diritto a presentare una richiesta di risarcimento, anche se non è il proprietario. Lo status di detentore non è quindi uno status giuridico in sé, ma una circostanza di fatto.

66 Questa definizione corrisponde all'art. 78 cpv. 1 OAC.

D. Altri casi

1. Audizioni

67 Nel caso della trasmissione di un verbale di udienza, il diritto di ricorso dipenderà dallo status della persona ascoltata nel procedimento straniero. Ciò riguarda non solo la trasmissione del verbale in quanto tale, ma anche qualsiasi registrazione audiovisiva dell'udienza, il rapporto di polizia che riassume l'udienza o i documenti consegnati durante l'udienza dalla persona ascoltata in qualità di titolare di tali documenti.

a. L'imputato

68 Se la persona interrogata è un imputato, ha il diritto di impugnare la trasmissione del suo verbale senza limitazioni.

b. Il testimone

69 Quando una persona viene ascoltata come testimone, può opporsi all'uso della sua dichiarazione a beneficio di un'autorità penale straniera solo se ha rivelato informazioni su di sé (in particolare istruzione, situazione familiare, situazione finanziaria, attività professionali, relazioni con le persone coinvolte, atti compiuti per conto dell'imputato) o se può invocare il diritto di rifiutarsi di testimoniare ai sensi della legge svizzera.

c. La persona chiamata a dare informazioni

70 Quando una persona viene ascoltata come persona chiamata a fornire informazioni nella misura in cui potrebbe, senza essere accusata in questa

fase, essere potenzialmente accusata in un secondo momento, ha il diritto di appellarsi contro la trasmissione del suo rapporto senza restrizioni, come nel caso dell'imputato. D'altro canto, se viene ascoltata come persona chiamata a fornire informazioni per altri motivi, sarà necessario esaminare se il suo status è più simile a quello di un potenziale imputato o di un testimone, al fine di determinare la sua legittimazione a presentare ricorso.

d. Terzi

Un terzo, cioè una persona che non viene ascoltata, non è legittimato a presentare ricorso, anche se è personalmente interessato dalle dichiarazioni trascritte nel verbale, anche quando è la persona perseguita nello Stato richiedente. 71

Un'eccezione a questo principio esiste quando le dichiarazioni trascritte nel verbale possono essere assimilate a una trasmissione di documenti bancari nel contesto della quale il titolare sarebbe stato normalmente autorizzato a presentare un ricorso ai sensi dell'art. 9a let. a OEIMP. Il titolare può quindi presentare ricorso contro la consegna del suddetto rapporto, anche se non è l'autore delle dichiarazioni ivi trascritte. Se invece il rapporto non contiene informazioni sui conti in questione o contiene solo informazioni già contenute nella richiesta di assistenza giudiziaria, il terzo in questione, il titolare del conto, non è legittimato a presentare ricorso. 72

e. Persone giuridiche

Possono sorgere difficoltà quando si tratta di decidere se una persona giuridica è legittimata a presentare ricorso contro la consegna del verbale dell'udienza di uno dei suoi organi o dipendenti. In linea di principio, solo la persona che è stata ascoltata ha il diritto di presentare un ricorso contro la consegna del verbale, motivo per cui la società interessata non è legittimata a intervenire, anche se il suo amministratore o dipendente rilascia dichiarazioni sugli affari o sull'organizzazione della società. Tuttavia, quando la persona giuridica è essa stessa accusata all'estero e il suo organo viene interrogato in quanto tale sui fatti che la riguardano, è opportuno, a nostro avviso, ritenere che essa stessa sia stata formalmente interrogata, per cui le deve essere riconosciuto lo stesso diritto di appello di una persona fisica. Una decisione del Tribunale penale federale, seppur isolata, è già andata in questa direzione. 73

2. Presentazione di documenti di procedimenti svizzeri

74 Talvolta le informazioni richieste dallo Stato richiedente sono già state ottenute dallo Stato richiesto nell'ambito del proprio procedimento penale nazionale. Lo Stato richiesto non deve far altro che inserire questi documenti nella procedura di assistenza giudiziaria per dare esecuzione alla rogatoria.

75 In questa eventualità, la giurisprudenza ritiene in linea di principio che la persona interessata sia solo indirettamente interessata dalla misura di assistenza giudiziaria e che quindi non sia legittimata a presentare ricorso.

76 Tuttavia, questo approccio porta alla soluzione inaccettabile che nessuna persona sia legittimata a impugnare il provvedimento di assistenza giudiziaria. Per questo motivo, questo principio è stato mitigato dalla giurisprudenza.

77 Una delle eccezioni previste dalla giurisprudenza è il caso in cui l'autorità di esecuzione intenda trasmettere documentazione bancaria o registri contenenti informazioni su conti bancari. In questi due casi, il titolare del conto interessato, anche se non è stato ascoltato, avrà diritto a presentare ricorso nella misura in cui la trasmissione di tali prove comporta la trasmissione di informazioni bancarie ai sensi dell'art. 9a let. a OEIMP. Ciò vale in primo luogo per i documenti ottenuti da una banca, ma anche per le comunicazioni di MROS o per i rapporti di analisi della documentazione bancaria redatti dall'autorità di perseguimento penale.

78 Un'altra eccezione è rappresentata dal caso in cui il ricorrente sia stato ascoltato in un procedimento svizzero separato, ma i fatti sui quali viene interrogato sono strettamente collegati alla richiesta di assistenza giudiziaria. Questo "stretto legame" significa che il ricorrente ha il diritto di presentare ricorso, anche se la misura restrittiva è stata disposta esclusivamente nell'ambito del procedimento penale nazionale. In particolare, la giurisprudenza ha ammesso l'esistenza di uno stretto legame tra il procedimento interno e quello di assistenza giudiziaria quando il procedimento interno è stato avviato a seguito delle informazioni ottenute dalla rogatoria. Di conseguenza, i tribunali hanno attribuito un'importanza decisiva al criterio temporale, negando alla parte interessata la legittimazione ad agire quando le prove erano state raccolte nel procedimento nazionale prima della richiesta di assistenza giudiziaria. Tuttavia, questo criterio è stato recentemente abbandonato. Il concetto di stretto legame si basa ora

unicamente sulla somiglianza dei fatti perseguiti in Svizzera e nello Stato richiedente.

In questo caso, affinché la legittimazione a ricorrere sia concessa nel caso della trasmissione di atti, il testimone, l'imputato o la persona chiamata a fornire informazioni deve anche aver reso conto della propria situazione (personale, familiare, finanziaria e professionale). In tale situazione, anche se i verbali sono già nelle mani dell'autorità di esecuzione e non comportano alcuna misura coercitiva per l'esecuzione della richiesta di assistenza, il ricorrente può opporsi alla loro trasmissione allo stesso modo della persona interrogata nell'ambito della procedura di assistenza, secondo gli sviluppi sopra esposti (cfr. paragrafi 67 e seguenti). 79

Sebbene il concetto di "stretto legame" sia stato sviluppato principalmente in relazione alla trasmissione di verbali di udienza, esso si applica anche alla trasmissione di altre prove inizialmente gestite in procedimenti penali nazionali. 80

Pertanto, il proprietario o il locatario ai sensi dell'articolo 9a(b) dell'OEIMP avrà il diritto di impugnare la consegna di documentazione sequestrata durante una perquisizione dei suoi locali, anche se la perquisizione ha avuto luogo nel corso di un procedimento penale nazionale. Avrà anche il diritto di impugnare la consegna di documenti redatti dall'autorità giudiziaria in relazione alla perquisizione, come i verbali di sequestro o le fotografie scattate durante la perquisizione. 81

Lo stesso vale per una persona le cui conversazioni telefoniche sono state monitorate nell'ambito di un procedimento penale interno. La persona in questione avrà quindi il diritto di presentare ricorso contro la consegna del verbale di trascrizione delle sue conversazioni, che sarà inserito nel fascicolo di assistenza giudiziaria. 82

3. Documenti in possesso di altre autorità

L'imputato può essere già stato condannato dalle autorità svizzere per altri reati. In questo caso, non ha il diritto di ricorrere contro la consegna della sentenza che lo riguarda allo Stato richiedente, in quanto è interessato solo indirettamente da questa misura (se il documento non gli è stato sequestrato, nel qual caso si applicherebbe l'articolo 9a let. b OEIMP). 83

84 Le informazioni personali contenute nella sentenza da trasmettere, l'interesse tattico a che lo Stato straniero non sia a conoscenza della sentenza o il fatto che la condanna risalga a diversi anni fa e non compaia più negli estratti del casellario giudiziario dell'interessato non sono sufficienti a conferire a quest'ultimo la legittimazione a ricorrere.

85 Lo stesso vale per gli atti emessi da autorità quali l'amministrazione fiscale, il registro delle imprese, l'ufficio esecuzioni e fallimenti o il catasto.

86 Nel caso di documenti emessi dalla FINMA, la precedente giurisprudenza del Tribunale federale svizzero (emessa all'epoca della Commissione federale delle banche) ammetteva che la banca interessata fosse legittimata a presentare ricorso nella misura in cui fosse direttamente interessata nei suoi affari interni.

87 A nostro avviso, tale legittimazione dovrebbe essere riconosciuta anche oggi. L'opinione contraria porterebbe all'inaccettabile situazione in cui nessuno potrebbe, anche solo in teoria, opporsi all'assistenza giudiziaria, mentre la giurisprudenza si preoccupa proprio di garantire che vi sia sempre un rimedio giuridico efficace. Ciò è tanto più importante in questa situazione, in quanto gli archivi della FINMA contengono informazioni particolarmente riservate sul funzionamento interno dell'intermediario finanziario interessato, ottenute di norma sotto la minaccia di sanzioni in caso di mancata collaborazione. In ogni caso, a nostro avviso, all'intermediario finanziario dovrebbe essere riconosciuta la legittimazione ad agire quando il procedimento condotto dalla FINMA riguarda lo stesso complesso di fatti oggetto del procedimento di assistenza giudiziaria, sull'esempio della giurisprudenza emessa in relazione alla trasmissione di prove amministrate a monte in un procedimento penale interno (cfr. supra, n. 77).

4. Persone sottoposte a misure di sorveglianza segreta

88 Talvolta l'esecuzione di una rogatoria richiede l'applicazione di misure di sorveglianza segrete.

89 Nel caso di intercettazione di telecomunicazioni, solo le persone la cui corrispondenza è stata sottoposta a sorveglianza a loro insaputa e la cui trascrizione del contenuto è stata trasmessa allo Stato richiedente hanno diritto a presentare ricorso. Il diritto di presentare un reclamo può quindi essere conferito sia al proprietario della connessione telefonica (ad esempio,

una persona giuridica) sia all'utente effettivo della connessione (ad esempio, un dipendente). Questa regola si applica anche al monitoraggio della corrispondenza e-mail. In ogni caso, il ricorrente potrà appellarsi solo contro la trascrizione delle proprie comunicazioni e non di quelle di terzi.

D'altra parte, una persona che utilizza una connessione telefonica registrata sotto falso nome (a meno che non sia in grado di spiegarne il motivo) o che utilizza indebitamente la connessione di un terzo al fine di nascondere la propria identità non avrà diritto a presentare ricorso. 90

Nel caso di agenti sotto copertura, il diritto di ricorso è conferito alla persona che è stata direttamente esposta a tali agenti, anche se il rapporto di sorveglianza lo menziona solo marginalmente. 91

IV. CONCLUSIONI

Sebbene la legittimazione a ricorrere sia formalmente disciplinata dall'art. 80h OIMP, la sua portata è stata ampiamente modellata dall'art. 9a OEIMP e dalla giurisprudenza. Quest'ultima, in particolare, ha elaborato di anno in anno soluzioni su misura per garantire un diritto di ricorso effettivo al contendente. 92

Le due condizioni previste dalla disposizione di attualità, ossia (i) essere personalmente e direttamente interessati da un provvedimento di assistenza giudiziaria e (ii) avere un interesse meritevole di tutela all'annullamento o alla modifica di tale provvedimento, perdono talvolta di significato, con il risultato che si tratta di un settore del diritto difficile da comprendere. 93

Gli sviluppi illustrati nel presente contributo mirano a chiarire questo ambito. Non c'è dubbio, tuttavia, che la giurisprudenza, sempre più abbondante e in evoluzione, fornirà ulteriori chiarimenti in questo settore. 94

Clara Poglia e Michaël Jakubowski sono rispettivamente partner e senior associate di Schellenberg Wittmer SA. I termini utilizzati per indicare le persone in questo articolo si riferiscono sia a uomini che a donne.

BIBLIOGRAFIA

Cappa Rosa Maria, Averi societari sotto sequestro: res nullius?, forumpoenale 1/2018, p. 43 ss.

Dangubic Miro, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2/2018, p. 112 ss.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, Zurich 2015.

Kuster Zürcher Susanne/Mauro Raphael, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (édit.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finazmarktsachen, Bâle 2017, p. 43 ss.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Ludwiczak Glassey Maria/Bonzanigo Francesca, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust, PJA 2022 p. 146 ss.

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, Entraide judiciaire pénale et implication de l'entreprise, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022, p. 53 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2022).

Moreillon Laurent/Mazou Miriam, La banque créancière face au séquestre et à la confiscation, in Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Lombardini Carlo/Garbarski Andrew (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise II, Berne 2021, p. 75 ss (cité: Moreillon/Mazou, Développements récents 2021).

Moreillon Laurent/Dupuis Michel/Mazou Miriam, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2018, JdT 2019 IV p. 39 ss.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche der betroffenen Person, Zurich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 63 AIMP

Un commentario di Marta Stelzer-Wieckowska

CITAZIONE SUGGERITA

Miro Dangubic/Marta Stelzer-Wieckowska, Commentario all'art. 63 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Stelzer-Wieckowska, art. 63 AIMP N. XXX.

Parte terza: Altra assistenza

Capitolo 1: Condizioni

Sezione 1: In genere

Art. 63 Principio

[1] L'assistenza a tenore della terza parte della presente legge comprende informazioni, atti processuali e altri atti ufficiali ammessi dal diritto svizzero, in quanto sembrino necessari all'estero per un procedimento in materia penale o servano a reperire il corpo del reato.

[2] Entrano in linea di conto come provvedimenti d'assistenza segnatamente:

a. la notificazione di documenti;

b. l'assunzione di prove, in particolare la perquisizione di persone e locali, il sequestro, l'ordine di consegna, le perizie, l'audizione e il confronto di persone;

c. la consegna di inserti e documenti;

d. la consegna di oggetti o beni da confiscare o da restituire agli aventi diritto.

[3] Sono procedimenti in materia penale segnatamente:

a. il perseguimento di reati secondo l'articolo 1 capoverso 3;

b. i provvedimenti amministrativi contro l'autore di un reato;

c. l'esecuzione di sentenze penali e la grazia;

d. la riparazione per il carcere ingiustificatamente sofferto.

[4] L'assistenza può essere concessa anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla Commissione europea dei diritti dell'uomo per procedimenti concernenti la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in materia penale.

[5] L'assistenza volta a scagionare la persona perseguita è ammissibile anche se vi sono motivi d'irricevibilità secondo gli articoli 3 a 5.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali ... 426
A. Cronistoria della norma ... 426
B. Significato della norma e rapporto con altre disposizioni ... 426
II. Nozione di assistenza giudiziaria di minor importanza e presupposto della necessità, art. 63 cpv. 1 AIMP ... 428
A. Contenuto ... 428
1. Informazioni ... 428
2. Atti processuali e altri atti ufficiali ... 428
B. Necessità per il procedimento estero ... 429
1. Nesso con il reato ... 429
2. Obblighi di collaborazione nella verifica della proporzionalità ... 430
3. Divieto di eccesso ... 431
III. Misure di piccola assistenza giudiziaria, art. 63 cpv. 2 AIMP ... 432
A. Informazioni generali ... 432
B. Notificazione di documenti (art. 63 cpv. 2 lett. a AIMP) ... 433
C. Assunzione delle prove (art. 63 cpv. 2 lett. b AIMP) ... 433
1. In generale ... 433
2. Audizioni ... 434
3. Perquisizioni ... 435
4. Sequestro di oggetti e valori patrimoniali ... 437
5. Misure di sorveglianza segrete ... 438
D. Consegna di atti e documenti (art. 63 cpv. 2 lett. c AIMP) ... 439
C. Consegna di oggetti o valori patrimoniali ai fini della confisca o della restituzione all'avente diritto (art. 63 cpv. 2 lett. d AIMP) ... 439
IV. «Procedura in materia penale», art. 63 cpv. 3 AIMP ... 439
V. Destinatari dell'assistenza giudiziaria minore, art. 63 cpv. 4 AIMP ... 440
VI. Assistenza giudiziaria a discarico dell'imputato, art. 63 cpv. 5 AIMP ... 440
Bibliografia ... 441
I materiali ... 444

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

A. Cronistoria della norma

1 L'art. 63 AIMP non ha subito **modifiche sostanziali** dall'entrata in vigore della legge. Nell'ambito della revisione dell'AIMP del 1995, gli esempi di misure di assistenza giudiziaria di cui al cpv. 2 sono stati ordinati e completati per riflettere meglio l'attività delle autorità eseguenti. Sono state espressamente menzionate alcune forme di assunzione di prove (cpv. 2 lett. b). La consegna di oggetti o valori patrimoniali ai fini della confisca o della restituzione, ora disciplinata dall'art. 74*bis* AIMP, è stata inserita nell'art. 63 cpv. 2 lett. d AIMP. Per motivi di sistematica, la consegna è stata spostata in un altro punto dell'AIMP (art. 20*bis* AIMP).

2 Il progetto di AIMP conteneva inoltre una norma che disciplinava in modo più preciso la **protezione della sfera segreta**, in particolare nei confronti di terzi (art. 61 P-AIMP). Probabilmente per questo motivo nel messaggio non è stato approfondito il presupposto della necessità dell'atto di assistenza giudiziaria (art. 63 cpv. 1 AIMP), sebbene l'interpretazione di questo concetto sia importante per la protezione della sfera privata delle persone interessate dall'assistenza giudiziaria. Nella versione della legge entrata in vigore non è possibile trovare l'art. 61 P-AIMP o una norma corrispondente. L'interpretazione del concetto di necessità dell'atto di assistenza giudiziaria è stata quindi lasciata alla giurisprudenza (cfr. principio di proporzionalità sotto N. 17 segg.).

B. Significato della norma e rapporto con altre disposizioni

3 L'art. 63 AIMP definisce il concetto di **piccola** assistenza giudiziaria (detta anche assistenza giudiziaria **accessoria**). Il cpv. 1 contiene anche un importante riferimento al principio della **proporzionalità** della misura di assistenza giudiziaria/prestazione di assistenza giudiziaria (cfr. N. 17 segg.).

4 L'art. 63 AIMP e l'intera terza parte dell'AIMP contengono solo poche indicazioni sulle misure concrete di assistenza giudiziaria. Gli atti processuali devono essere eseguiti secondo il **diritto di procedura penale** applicabile ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 AIMP. Le disposizioni più precise relative all'esecuzione delle misure concrete (ad es. audizioni, perquisizioni) si trovano

quindi di norma nel CPP (autorità esecutiva: ministero pubblico) o nel DPA (autorità esecutiva: autorità amministrativa federale).

Alcune misure sono disciplinate in modo più dettagliato in altre disposizioni dell'AIMP e dell'OAIMP (ad es. notifiche, art. 68 segg. AIMP, art. 29 segg. OAIMP; consegna di mezzi di prova, art. 74 AIMP; sequestro e consegna ai fini della confisca o della restituzione, art. 74*a* AIMP, art. 33*a* OAIMP). 5

L'art. 75 AIMP precisa chi può presentare una richiesta di piccola assistenza giudiziaria ai sensi dell'art. 63 AIMP («le autorità competenti a perseguire le infrazioni o a decidere in altri procedimenti ai quali si applica la presente legge»). 6

Anche le autorità di polizia supreme della Confederazione e dei Cantoni possono, ai sensi dell'**art. 75a AIMP**, presentare in proprio nome richieste di piccola assistenza giudiziaria se si tratta di misure senza applicazione della coercizione processuale (art. 75*a* cpv. 2 lett. a AIMP, cfr. anche art. 35 OAIMP) e non si tratta della consegna di decisioni penali o di atti penali (art. 75*a* cpv. 2 lett. c AIMP). Tali casi rientrano sistematicamente nella cooperazione di polizia. Se l'autorità di polizia svizzera è invitata a prestare assistenza, questa viene fornita senza emanare una decisione finale (cfr. art. 35 OAIMP). La persona eventualmente interessata dalla misura non dispone di alcun mezzo di ricorso e non si applica il presupposto della doppia incriminabilità. 7

Ai sensi dell'art. 63 cpv. 3 lett. a AIMP, l'assistenza giudiziaria limitata è prestata per il perseguimento di reati ai sensi dell'**art. 1 cpv. 3 AIMP**, ossia nelle cause penali in cui, secondo il diritto dello Stato richiedente, può essere adito il giudice. L'art. 63 cpv. 3 lett. b-d AIMP precisa cosa si intende con questo e elenca esempi di procedimenti connessi a un procedimento penale in cui può essere prestata la piccola assistenza giudiziaria (misure amministrative contro un autore di reato, esecuzione di sentenze penali, grazia e risarcimento per detenzione ingiustificata). 8

II. NOZIONE DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA DI MINOR IMPORTANZA E PRESUPPOSTO DELLA NECESSITÀ, ART. 63 CPV. 1 AIMP

A. Contenuto

9 L'art. 63 cpv. 1 AIMP disciplina la **portata e lo scopo** dell'assistenza giudiziaria di minor importanza.

1. Informazioni

10 La piccola assistenza giudiziaria può consistere, tra l'altro, nella trasmissione di **informazioni** già a disposizione delle autorità o che possono essere ottenute senza ricorso a misure coercitive. Tra queste figurano ad esempio le informazioni del casellario giudiziario o le informazioni sull'identità o sul soggiorno di una persona (cfr. anche art. 77 cpv. 2 AIMP). La trasmissione di tali informazioni non comporta di norma alcuna o solo una minima limitazione dei diritti fondamentali. Non rientra nella piccola assistenza giudiziaria la comunicazione di informazioni sul diritto penale o di procedura penale.

11 La trasmissione di determinati documenti e informazioni può avvenire anche nell'ambito della **cooperazione di polizia** di cui all'art. 75*a* AIMP (cfr. supra N. 7).

2. Atti processuali e altri atti ufficiali

12 Ai sensi dell'art. 63 cpv. 1 AIMP, l'assistenza giudiziaria di minima consiste in **atti processuali** ammessi dal diritto svizzero. Sono ammesse diverse misure che non sono menzionate singolarmente nell'AIMP e alle quali si applica il diritto di procedura penale (cfr. anche art. 12 cpv. 1 AIMP). Si può trattare sia di misure coercitive (ad es. perquisizioni, cfr. art. 196 segg. e art. 241 segg. CPP) sia di atti non coercitivi (notifiche, cfr. art. 68 e art. 69 cpv. 2 AIMP; edizioni).

13 Nonostante questi elementi di diritto processuale penale, si presume che la procedura di assistenza giudiziaria in generale, e la procedura di assistenza giudiziaria di minor entità in particolare, siano di natura **amministrativa**, in cui le norme di diritto processuale penale si applicano solo all'esecuzione di misure di diritto processuale penale.

Non è **ammissibile** l'esecuzione di atti che sono ammessi secondo il diritto dello Stato richiedente o secondo un accordo internazionale e che non sono previsti dal diritto processuale penale svizzero. 14

Gli «**altri atti d'ufficio**» non sono stati definiti nell'AIMP. Ai sensi dell'art. 25 OAIMP, anche la sorveglianza di persone condannate con condizionale o liberate con la condizionale è considerata un atto d'ufficio. Per la definizione del concetto di «atto d'ufficio» è rilevante l'art. 271 CP. Questo articolo punisce l'esecuzione di atti per uno Stato straniero sul territorio svizzero senza autorizzazione, se tali atti sono destinati a un'autorità o a un funzionario. Ciò determina indirettamente quali atti di sovranità devono essere compiuti in via di assistenza giudiziaria in virtù dei principi di sovranità e territorialità. 15

B. Necessità per il procedimento estero

Ai sensi dell'art. 63 cpv. 1 AIMP, le misure devono apparire **necessarie per** il procedimento all'estero o servire alla consegna del bene. 16

La necessità della piccola assistenza giudiziaria per il procedimento estero o per il recupero del bottino determina la portata dell'assistenza giudiziaria da prestare ed è considerata espressione del **principio di proporzionalità**. La misura richiesta deve essere innanzitutto idonea, necessaria e proporzionata in senso stretto. In secondo luogo, deve sussistere un nesso sufficiente tra la misura e il procedimento penale estero (divieto di ricerca di prove non autorizzata/«fishing expeditions»). 17

Non è necessario che l'autorità richiedente abbia esaurito le proprie possibilità di acquisire prove (**nessuna sussidiarietà** dell'assistenza giudiziaria di minima come tale). 18

1. Nesso con il reato

Dalla richiesta di assistenza giudiziaria, in particolare dalla descrizione dei fatti allegata (cfr. art. 28 cpv. 3 lett. a AIMP), deve risultare che esiste un **nesso con il reato** tra le misure richieste e il procedimento penale estero. 19

L'autorità richiedente deve essere assistita nell'accertamento dei fatti mediante l'assistenza giudiziaria. Per questo motivo **non è necessario** che essa esponga i fatti in modo completo e del tutto coerente già nella domanda di assistenza giudiziaria. 20

21 L'autorità svizzera richiesta è vincolata alla descrizione dei fatti contenuta nella richiesta, a meno che questi non siano «immediatamente smentiti da errori evidenti, lacune o contraddizioni». Si accorda grande **fiducia** al contenuto della richiesta di assistenza giudiziaria e alle descrizioni dello Stato richiedente.

22 Sulla base delle informazioni contenute nella richiesta di assistenza giudiziaria, l'autorità richiesta deve essere in grado di verificare la sussistenza della doppia incriminabilità, qualora siano state richieste misure coercitive ai sensi dell'art. 64 cpv. 1 AIMP, e di verificare se si tratta di un reato per il quale è ammessa l'assistenza giudiziaria (cfr. in particolare l'art. 3 AIMP).

23 Il nesso con il reato è assente se le misure richieste «non hanno alcun nesso con il reato perseguito e sono manifestamente inadatte a far progredire l'indagine» e «non sono certamente rilevanti» per il procedimento all'estero. La **potenziale** rilevanza delle misure per il procedimento all'estero è in linea di principio sufficiente.

24 La **valutazione** delle prove, l'accertamento dei fatti e la decisione sulla colpevolezza dell'inquisito sono di competenza del tribunale straniero competente e non dell'autorità richiesta. Lo Stato richiesto non può «sostituire la valutazione dell'autorità incaricata dell'indagine con la propria (...)», poiché «(...) non dispone dei mezzi che gli consentirebbero di pronunciarsi sull'opportunità di determinate prove nel procedimento straniero». La decisione sulla necessità delle prove richieste ai fini del procedimento penale è quindi di norma lasciata allo Stato richiedente e viene messa in discussione solo in casi eccezionali.

2. Obblighi di collaborazione nella verifica della proporzionalità

25 La verifica dell'esistenza di un nesso tra le misure di assistenza giudiziaria richieste e il procedimento all'estero spetta in linea di principio allo Stato richiesto. Anche la persona interessata dalla misura di assistenza giudiziaria è tenuta a **collaborare**, in particolare in caso di indagini complesse e di materiale probatorio voluminoso, poiché l'autorità richiesta ha solo possibilità limitate di determinare quali elementi di prova siano irrilevanti per il procedimento nello Stato richiedente. Secondo il TF, l'obbligo di collaborazione deriva dall'art. 5 cpv. 3 Cost. (gli organi statali e i privati agiscono secondo le regole della buona fede).

La persona interessata deve formulare tempestivamente (già nella fase di esecuzione della richiesta) e motivare adeguatamente le **obiezioni** alla trasmissione delle prove. Essa è tenuta a «indicare chiaramente e precisamente in che misura i documenti e le informazioni da trasmettere esulano dall'ambito della richiesta o non presentano alcun interesse per il procedimento straniero». Le obiezioni non sufficientemente motivate possono essere considerate una contestazione inammissibile dei fatti e non vengono prese in considerazione. 26

Secondo il TPGA, la mancanza di conoscenza della lingua ufficiale non esonera l'interessato dai suoi **obblighi di collaborazione**. Se l'interessato non ha formulato obiezioni in primo grado, nonostante ne avesse la possibilità, non può farlo in sede di ricorso. Se non è stato possibile sollevare obiezioni in primo grado, l'interessato è tenuto a formularle in sede di ricorso. 27

L'obbligo di collaborazione dell'interessato non esonera tuttavia l'autorità esecutiva dall'obbligo di procedere a una **selezione** dei documenti sequestrati. 28

3. Divieto di eccesso

Lo Stato richiesto può concedere l'assistenza giudiziaria solo nella misura in cui è stata richiesta (**divieto di eccesso**). 29

Secondo la giurisprudenza, tuttavia, la richiesta di assistenza giudiziaria deve essere interpretata in modo generoso a favore dello Stato richiedente, al fine di evitare richieste supplementari e inutili ritardi. In base al **principio di celerità e di assistenza giudiziaria**, possono essere trasmessi anche elementi di prova che non presentano un nesso diretto con i fatti descritti nella richiesta di assistenza giudiziaria. 30

Il divieto di eccesso è inoltre attenuato dal fatto che le informazioni non direttamente rilevanti possono, in determinate circostanze, essere trasmesse in quanto potenzialmente **a discarico**. 31

III. MISURE DI PICCOLA ASSISTENZA GIUDIZIARIA, ART. 63 CPV. 2 AIMP

A. Informazioni generali

32 L'art. 63 cpv. 2 AIMP contiene un elenco **non esaustivo** degli atti di assistenza giudiziaria. Le notifiche, le perquisizioni, i sequestri, le audizioni, la consegna di atti, documenti, oggetti e valori patrimoniali ivi espressamente menzionati rientrano tra le misure frequenti dell'assistenza giudiziaria accessoria e sono previste anche nel processo penale nazionale.

33 Le misure più moderne di ricerca delle prove o le misure che entrano in gioco solo in casi transfrontalieri non sono menzionate nell'art. 63 AIMP. Alcune **nuove misure** di ricerca delle prove sono state parzialmente disciplinate in altri articoli dell'AIMP (sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni, art. 18*a* AIMP; sorveglianza in tempo reale e trasmissione di dati relativi al traffico elettronico, art. 18*b* AIMP).

34 **Altre misure** figurano in accordi internazionali (ad es. l'audizione tramite videoconferenza, art. 9 ZP II EÜR; la conservazione immediata dei dati informatici, art. 29 CCC; la raccolta di dati relativi al traffico e ai contenuti in tempo reale, art. 33 segg. CCC; la consegna controllata, art. 18 ZP II EÜR; l'investigazione sotto copertura, art. 19 ZP II EÜR).

35 Rientrano nell'assistenza giudiziaria limitata anche l'**osservazione transfrontaliera** (art. 17 ZP II EÜR) e le **squadre investigative comuni** (art. 80*d*^{ter} segg. IRSG e art. 20 ZP II EÜR).

36 Ai sensi dell'art. 63 cpv. 1 AIMP sono ammesse anche altre misure previste dal CPP, anche se non disciplinate dall'AIMP (ad es. la sorveglianza dei rapporti bancari, art. 284 segg. CPP, analisi del DNA, art. 255 segg. CPP, rilevamento segnaletico, campioni di scrittura e di voce, art. 260 segg. CPP). In base al **principio di favore** nel diritto dell'assistenza giudiziaria, le misure previste nell'AIMP e nel CPP sono ammissibili anche nell'ambito dell'assistenza giudiziaria contrattuale, se non sono state previste nel trattato concreto.

B. Notificazione di documenti (art. 63 cpv. 2 lett. a AIMP)

Per la notificazione di documenti non è necessario che sussista la condizione della doppia punibilità, poiché la misura è eseguita **senza ricorso alla coercizione** (cfr. art. 64 cpv. 1 AIMP). 37

Ulteriori norme relative alle notifiche, in particolare alle citazioni a comparire, figurano agli **art. 68 e 69 AIMP**. La persona che riceve una citazione a comparire non è tenuta a darvi seguito (art. 69 cpv. 1 AIMP). 38

Le citazioni a comparire che contengono **minacce di misure coercitive** non vengono notificate (art. 63 cpv. 2 AIMP). Le decisioni e i decreti penali sono atti di giudizio penale che devono essere notificati per via dell'assistenza giudiziaria. 39

Ad eccezione delle citazioni, gli atti possono essere notificati **direttamente per** posta alle persone che non sono perseguite nel procedimento estero (art. 30 cpv. 1 OAIMP). Tra i documenti ai sensi dell'art. 30 cpv. 1 OAIMP figurano gli atti giudiziari e gli altri documenti del procedimento estero. La notifica diretta per posta di documenti in materia penale è ammessa in caso di contravvenzioni alle norme della circolazione stradale (art. 30 cpv. 2 OAIMP). La notifica diretta è ammessa anche se concordata tra la Svizzera e lo Stato estero in base al diritto internazionale (multilaterale o bilaterale). All'interno dell'Europa, determinati atti giudiziari possono essere notificati direttamente in base all'art. 52 cpv. 1 SDÜ. 40

C. Assunzione delle prove (art. 63 cpv. 2 lett. b AIMP)

1. In generale

L'art. 63 cpv. 2 lett. b AIMP contiene un elenco non esaustivo delle misure di assistenza in materia di diritto probatorio. Come indicato sopra (N. 32 segg.), sono ammesse le misure di ricerca delle prove previste dal diritto processuale penale svizzero o da trattati multilaterali o bilaterali di assistenza giudiziaria. Di norma esse sono disposte in una **decisione provvisoria**. 41

Alcune misure di assunzione delle prove, in particolare la salvaguardia di mezzi di prova in pericolo, possono essere disposte come **misure provvisorie** ai sensi dell'art. 18 AIMP. 42

2. Audizioni

43 Ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 AIMP, alle audizioni si applicano l'art. 142 segg. CPP (le norme generali) e le disposizioni che disciplinano l'audizione dell'imputato (art. 157 segg. CPP), del testimone (art. 162 segg. CPP) e della persona chiamata a fornire informazioni (art. 178 segg. CPP).

44 Il **ruolo** in cui la persona deve essere interrogata dovrebbe risultare, di norma, dalla richiesta di assistenza giudiziaria (cfr. art. 28 AIMP). In caso di dubbi al riguardo o di contraddizioni evidenti nella richiesta di assistenza giudiziaria, è opportuno che lo Stato richiedente provveda a migliorare/integrare la richiesta ai sensi dell'art. 78 cpv. 3 o dell'art. 80*o* AIMP.

45 La persona interrogata gode dei **diritti di non confessione** previsti dal diritto svizzero (art. 9 AIMP). Si applicano inoltre i diritti di non confessione dello Stato richiedente (art. 65 cpv. 3 AIMP).

46 Ai sensi dell'**art. 65 cpv. 3 AIMP**, la persona interrogata può rifiutarsi di testimoniare anche se, secondo il diritto dello Stato richiedente o dello Stato in cui risiede il testimone,

47 Su richiesta espressa dello Stato straniero, nell'audizione di testimoni e periti possono essere osservate particolari **forme di conferma** previste dal diritto dello Stato richiedente (art. 65 cpv. 1 lett. a AIMP). Ciò a condizione che siano compatibili con il diritto svizzero e non comportino svantaggi essenziali per le parti interessate (art. 65 cpv. 2 AIMP).

48 Come misura di piccola assistenza giudiziaria può essere presa in considerazione, tra l'altro, l'audizione **classica di** una persona in loco, ma anche sotto forma di videoconferenza (art. 144 CPP in combinato disposto con l'art. 12 cpv. 1 AIMP, cfr. anche art. 9 ZP II EÜR).

49 L'audizione tramite **videoconferenza** è effettuata dall'autorità dello Stato richiedente secondo il proprio diritto, conformemente all'art. 9 cpv. 5 lett. c ZP II EÜR. In questo senso essa si differenzia dall'audizione classica in loco. L'autorità richiesta redige un verbale e deve intervenire se l'audizione viola i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto (art. 9 cpv. 5 lett. c e cpv. 6 ZP II EÜR).

50 Poiché l'autorità richiedente pone direttamente le domande e ottiene le informazioni immediatamente prima della conclusione della procedura di

assistenza giudiziaria, secondo la giurisprudenzaM., devono essere soddisfatti i requisiti relativi alla presenza delle parti straniere nel procedimento ai sensi dell'**art. 65*a* AIMP**. Devono essere adottate le stesse **misure cautelari** che sarebbero necessarie in caso di presenza dell'autorità straniera in loco (ad es. l'obbligo dell'autorità richiesta di non utilizzare le informazioni prima che la procedura di assistenza giudiziaria sia definitivamente conclusa).

Secondo la dottrina prevalente, in Svizzera l'**intercettazione telefonica** nell'ambito dell'assistenza giudiziaria è considerata inammissibile, poiché non è disciplinata dal diritto processuale penale svizzero. Ciò nonostante sia prevista dall'art. 10 ZP II EÜR. 51

3. Perquisizioni

La perquisizione nell'ambito dell'assistenza giudiziaria serve a trovare oggetti, documenti o valori patrimoniali che devono essere **consegnati** allo Stato richiedente come mezzi di prova o per essere confiscati o restituiti ai sensi degli articoli 74 e 74*a dell'*AIMP. 52

L'AIMP non contiene disposizioni particolari relative all'esecuzione della perquisizione. Ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 AIMP si applicano le disposizioni generali relative alle perquisizioni e alle perquisizioni (art. 241 segg. CPP), alla perquisizione di case, appartamenti e locali non accessibili al pubblico (art. 244 segg. CPP) nonché alla perquisizione di registrazioni (art. 246 segg. CPP). CPP) e sulla perquisizione di registrazioni (art. 246 segg. CPP). Occorre inoltre osservare i requisiti generali delle misure di coercizione (art. 197 segg. CPP), in particolare i requisiti di **proporzionalità** della misura (art. 197 CPP). 53

L'art. 9, cap. 2, AIMP sottolinea che per la **perquisizione di registrazioni** si applicano per analogia le disposizioni pertinenti del CPP (art. 246-248 CPP). Non è raro che l'autorità richiesta abbia a che fare con una grande quantità di documenti. In tal caso può essere necessario procedere prima a una selezione sommaria e poi alla selezione vera e propria dei documenti o dei dati. 54

L'autorità richiesta seleziona gli elementi di prova che non sono rilevanti per il procedimento estero (cfr. supra N. 25 segg. e N. 29 segg.). La **selezione** può avvenire in base a determinate «parole chiave». È possibile ricorrere anche a persone che assistono l'autorità richiesta nell'effettuare la selezione (cfr. art. 65a AIMP). La persona che ha diritto di partecipare ai sensi dell'art. 80*b* AIMP non ha tuttavia il diritto di essere presente alla selezione. 55

56 L'art. 9*a* lett. b OAIMP precisa che in caso di **perquisizioni domiciliari** il proprietario o il locatario sono considerati persone personalmente e direttamente interessate ai sensi dell'art. 21 cpv. 3 e dell'art. 80h AIMP. Di principio, quindi, è legittimata a ricorrere solo la persona che ha il controllo effettivo sui locali perquisiti.

57 Di rilevanza pratica nella procedura di assistenza giudiziaria è la possibilità di **sigillare** le registrazioni e gli oggetti ai sensi dell'articolo 248 CPP. La sigillatura ha lo scopo di impedire che l'autorità esecutiva venga a conoscenza di informazioni irrilevanti per il procedimento nello Stato richiedente.

58 È in parte controverso se solo l'effettivo **titolare** delle registrazioni abbia il diritto di sigillarle o anche altre persone che hanno un interesse giuridicamente protetto alle registrazioni. Si postula tuttavia che il diritto di sigillatura spetti, in determinate circostanze, anche ad altre persone interessate, anche se non sono legittimate a presentare ricorso ai sensi dell'art. 80*h* lett. b AIMP. Il TF ha lasciato aperta la questione se la sigillatura possa essere invocata non solo per tutelare il diritto di rifiutare la testimonianza a fini di segretezza, ma anche, ad esempio, per invocare ostacoli all'assistenza giudiziaria. gli ostacoli all'assistenza giudiziaria.

59 La decisione sulla rimozione dell'imposizione del sigillo spetta al **tribunale cantonale competente in materia di misure coercitive** (se l'autorità esecutiva è un'autorità cantonale o il Ministero pubblico della Confederazione) o alla Camera d'impugnazione del Tribunale penale federale (se la misura di assistenza giudiziaria è eseguita da un'autorità amministrativa federale).

60 La decisione relativa alla rimozione dei sigilli è trattata come decisione provvisoria del tribunale delle misure coercitive nella procedura di assistenza giudiziaria e non può essere impugnata con **alcun rimedio penale**.

61 Ai sensi dell'art. 80*e* cpv. 2 AIMP, una decisione relativa alla rimozione dei sigilli da documenti non è in linea di principio impugnabile **in modo autonomo**, poiché la presa di conoscenza del contenuto delle registrazioni da parte dell'autorità esecutiva non comporta «un pregiudizio irreparabile»; l'eventuale pregiudizio sorge solo al momento della consegna delle registrazioni all'autorità richiedente e su di esso si decide solo nella decisione finale. La decisione relativa alla rimozione dei sigilli può quindi essere impugnata solo insieme alla decisione finale (cfr. art. 80*e* cpv. 1 AIMP).

Ai sensi dell'art. 76 lett. c AIMP, lo Stato che richiede la perquisizione deve allegare alla sua richiesta una **conferma della ammissibilità** della misura. Il mandato di perquisizione o di sequestro allegato alla richiesta è considerato una conferma sufficiente (art. 31 cpv. 2 OAIMP). 62

4. Sequestro di oggetti e valori patrimoniali

Ai sensi dell'art. 12 cpv. 1 AIMP, si applicano le norme di procedura penale relative al sequestro (art. 263 segg. CPP). Sono in questione il sequestro di **oggetti e valori patrimoniali** utilizzati come mezzi di prova (art. 263 cpv. 1 lett. a CPP; cfr. anche art. 74 AIMP), il sequestro a scopo di confisca a titolo di garanzia e il sequestro a scopo di confisca del patrimonio (art. 263 cpv. 1 lett. d CPP) e il sequestro a scopo di restituzione alla persona lesa (art. 263 cpv. 1 lett. c CPP). 63

Secondo il TPF, la consegna a titolo di soddisfazione di **pretese sostitutive** (e anche il sequestro di valori patrimoniali a tale scopo) non è possibile nell'ambito della piccola assistenza giudiziaria. In tali casi è tuttavia possibile ricorrere all'assistenza giudiziaria in materia di esecuzione ai sensi dell'art. 94 segg. AIMP. 64

L'art. 33*a* OAIMP menziona la **durata massima** ammissibile del sequestro di oggetti o valori patrimoniali che devono essere consegnati in base a una decisione passata in giudicato ed esecutiva dello Stato richiedente (cfr. art. 74*a* cpv. 3 AIMP). Questi rimangono sequestrati fino a quando non è disponibile la decisione o lo Stato richiedente comunica che tale decisione non può più essere presa (in particolare a causa della prescrizione). 65

Tra le misure di assistenza giudiziaria più frequenti figura il **blocco segreto dei conti**, che non è disciplinato dalla legge. La base giuridica di questa misura è costituita dall'art. 80*n* AIMP e dall'art. 8 cpv. 2 LL-RVUS. 66

Il sequestro può durare a lungo nel caso dell'assistenza giudiziaria limitata ai sensi dell'art. 74a AIMP, poiché in linea di principio deve essere disponibile una decisione definitiva dello Stato richiedente (cfr. art. 74 cpv. 3 AIMP) oppure devono essere soddisfatti i presupposti per un cosiddetto **early release**. 67

La proporzionalità della durata del sequestro dipende dalle circostanze del caso concreto. Un sequestro della durata di uno o **due anni** è generalmente 68

considerato proporzionato. In caso di misure di durata superiore, si tiene conto soprattutto della complessità del procedimento e dell'attività o dell'inattività dell'autorità richiedente e dell'autorità richiesta. Non è tuttavia possibile stabilire un limite preciso a partire dal quale un sequestro di durata superiore sarebbe sproporzionato.

5. Misure di sorveglianza segrete

69 Nel caso delle misure di sorveglianza, non è raro che, per motivi di tattica investigativa, sia necessario trasmettere le prove raccolte per i fini del procedimento estero già prima della conclusione del procedimento di assistenza giudiziaria (cfr. anche art. 80*d*^{bis} AIMP, cosiddetta **assistenza giudiziaria dinamica**).

70 Tra le misure di piccola assistenza giudiziaria rientra, tra l'altro, la **sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni** (art. 18*a* cpv. 2 segg. AIMP). È fondamentalmente indiscusso che tali misure siano ammissibili nell'ambito dell'assistenza giudiziaria. Oltre ai presupposti previsti dal diritto dell'assistenza giudiziaria, devono però essere soddisfatti cumulativamente i presupposti di cui agli art. 269 segg. CPP (cfr. art. 18*a* cpv. 4 AIMP).

71 L'art. 18*b* AIMP ha previsto la trasmissione di **dati relativi al traffico** elettronico. Con ciò non si intendono i dati relativi al contenuto, bensì altri dati raccolti in relazione alla sorveglianza. La possibilità di trasmettere anticipatamente dati di contenuto è quindi disciplinata dall'art. 80*d*^{bis} AIMP.

72 La **sorveglianza con apparecchi tecnici di sorveglianza** (art. 280 segg. CPP) è menzionata nell'AIMP all'art. 18*b* cpv. 1 lett. b AIMP. Tra gli strumenti di sorveglianza ai sensi dell'art. 280 CPP figurano ad esempio microspie, telecamere, localizzatori GPS e i metodi di sorveglianza di apparecchi elettronici (ad es. keylogger). È in parte controverso se l'art. 18*b* cpv. 1 lett. b AIMP costituisca una base legale sufficiente per ordinare tali misure nell'ambito della procedura di assistenza giudiziaria.

73 Le **indagini sotto copertura** e **l'osservazione transfrontaliera** nell'ambito della piccola assistenza giudiziaria non sono state previste nell'AIMP e sono quindi ammissibili solo se consentite da un trattato internazionale. L'indagine in incognito è quindi possibile in base all'art. 19 ZP II EÜR, mentre l'osservazione transfrontaliera è disciplinata dall'art. 17 ZP II EÜR, nonché

nell'ambito della cooperazione di polizia dall'art. 40 SDÜ e da accordi con alcuni paesi europei.

D. Consegna di atti e documenti (art. 63 cpv. 2 lett. c AIMP)

74 L'art. 63 cpv. 2 lett. c AIMP si riferisce alla consegna a fini probatori (art. 74 cpv. 1 AIMP). **L'art. 74 cpv. 1 AIMP** disciplina gli aspetti supplementari della consegna dei mezzi di prova (tra l'altro i diritti dei terzi in buona fede, art. 71 cpv. 2 AIMP, e il rinvio della consegna, art. 74 cpv. 3 AIMP).

75 L'art. 63 cpv. 2 lett. c AIMP menziona solo gli atti e i documenti scritti. Tuttavia, possono essere consegnati anche **altri mezzi di prova** (oggetti, valori patrimoniali) (cfr. art. 74 cpv. 1 AIMP).

76 Può trattarsi di elementi di prova che si trovano già nelle mani dell'autorità richiesta o che possono essere ottenuti senza ricorso alla coercizione (ad es. atti, verbali di audizione provenienti da altri procedimenti). Sono tuttavia ammessi anche gli elementi di prova che l'autorità di esecuzione deve prima raccogliere (cfr. sopra art. 63 cpv. 2 lett. b AIMP).

C. Consegna di oggetti o valori patrimoniali ai fini della confisca o della restituzione all'avente diritto (art. 63 cpv. 2 lett. d AIMP)

77 La consegna di oggetti o valori patrimoniali ai fini della confisca o della restituzione è disciplinata dall'**art. 74*a* AIMP**.

78 Esso precisa inoltre quali oggetti o valori patrimoniali possono essere restituiti (art. 74*a* cpv. 2 lett. a-c AIMP) nonché quando e a quali condizioni la restituzione può avvenire (art. 74*a* cpv. 3-7 AIMP).

IV. «PROCEDURA IN MATERIA PENALE», ART. 63 CPV. 3 AIMP

79 L'art. 63 cpv. 3 AIMP elenca **esempi** di procedimenti in «materia penale» ai sensi dell'art. 1 cpv. 3 AIMP per i quali può essere concessa la piccola assistenza giudiziaria. Tra questi figurano il perseguimento di reati ai sensi dell'art. 1 cpv. 3 AIMP (art. 63 cpv. 3 lett. a AIMP), le misure amministrative nei confronti di un autore di un reato (art. 63 cpv. 3 lett. b AIMP), l'esecuzione di sentenze penali, la grazia (art. 63 cpv. 3 lett. c AIMP) e la riparazione per detenzione ingiustificata (art. 63 cpv. 3 lett. d AIMP).

80 Non si tratta di un elenco esaustivo («in particolare»).

81 Il concetto di procedura in materia penale deve essere interpretato in senso **ampio**. Esso comprende anche le procedure strettamente connesse al procedimento penale. Nel determinare se si tratta di una procedura in materia penale, occorre tenere conto, in base al principio della cortesia giudiziaria, del fatto che nello Stato richiedente le procedure e le competenze delle autorità possono essere diverse da quelle vigenti in Svizzera.

V. DESTINATARI DELL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA MINORE, ART. 63 CPV. 4 AIMP

82 L'assistenza giudiziaria minore in materia penale, come l'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale in generale, è prestata fondamentalmente a **Stati** esteri.

83 L'art. 63 cpv. 4 AIMP contiene un'eccezione a questa regola. L'assistenza giudiziaria minore può essere prestata anche alla **Corte europea dei diritti dell'uomo**. Ulteriori eccezioni sono previste dall'art. 1 cpv. 3bis (assistenza giudiziaria a tribunali internazionali o ad altri organismi interstatali o sovrastatali con funzioni di polizia giudiziaria) e dal cpv. 3ter AIMP (finora, in base a questa norma: assistenza giudiziaria alla Procura europea). La regolamentazione della cooperazione con la Corte penale internazionale è contenuta in una legge separata.

VI. ASSISTENZA GIUDIZIARIA A DISCARICO DELL'IMPUTATO, ART. 63 CPV. 5 AIMP

84 Ai sensi dell'art. 63 cpv. 5 AIMP, l'assistenza giudiziaria limitata può essere prestata **in via eccezionale** anche in presenza dei motivi di esclusione di cui agli art. 3-5 AIMP, se è volta a discaricare l'imputato.

85 In casi complessi o in presenza di un materiale probatorio voluminoso, può essere difficile o impossibile per l'autorità richiesta valutare se l'assistenza giudiziaria da prestare sia effettivamente **a discarico** dell'inquisito. Un ulteriore problema è costituito dal fatto che l'assistenza giudiziaria da prestare può essere potenzialmente pregiudizievole per altre persone e che la trasmissione delle prove può eludere i motivi di esclusione di cui agli articoli 3-5 AIMP.

Sia nella giurisprudenza che nella dottrina si sottolinea che la disposizione deve essere applicata in modo restrittivo e che un effetto **potenzialmente** a discarico non è sufficiente. La prestazione dell'assistenza giudiziaria ai sensi dell'art. 63 cpv. 5 AIMP deve essere possibile solo se la persona perseguita dà il suo consenso. L'effetto a discarico dell'assistenza giudiziaria deve essere negato se la persona perseguita si oppone espressamente alla prestazione dell'assistenza giudiziaria. 86

Secondo l'AIMP, la prestazione di assistenza giudiziaria limitata a fini di discarico della persona perseguita è ammessa in via eccezionale anche in alcune altre situazioni. Ai sensi dell'**art. 64 cpv. 2 lett. a AIMP**, in caso di tali misure non si applica il presupposto della doppia punibilità e, ai sensi dell'**art. 66 cpv. 2 AIMP**, l'assistenza giudiziaria può essere prestata in tali casi anche se in Svizzera è pendente un procedimento contro la persona perseguita per lo stesso reato. 87

BIBLIOGRAFIA

Aepli Michael, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Bommer Felix/Goldschmidt Peter, Kommentierung zu Art. 266 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Corminboeuf Harari Corinne, Kommentierung zu Art. 74 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 2.4.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Dangubic Miro/Clerc Yves, Art. 80dbis IRSG – ein Überblick, forumpoenale 2022, S. 287–292.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2024.

Eymann Stephanie, Die strafprozessuale Kontosperre, Basel 2009.

Eymann Stephanie, Kommentierung zu Art. 80n IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Fabbri, Alberto/Furger, Andrea, Geheime Überwachungsmassnahmen in der internationalen Kooperation in Strafsachen: Ermittlungserfolg im Ausland versus Rechtsgüterschutz in der Schweiz?, ZStrR 2010, S. 394–416.

Frei, Lionel, Beschlagnahme und Einziehung als Rechtshilfemassnahmen, ZStrR 1988, S. 312 ff.

Giroud Sandrine/Aellen Louise, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.01.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg74a, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20240402-171818-0).

Glutz Alexander M., Kommentierung zu Art. 9 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 144 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Graf Damian, Aspekte der strafprozessualen Siegelung, AJP 2017, S. 553–568.

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht IRSG GwÜ, Basel 2015.

Inglese Nicola, Das Beweisausforschungsverbot: Das Verbot sog. fishing expeditions und seine nationalen und grenzüberschreitenden Bezüge, Basel 2017.

Inglese Ramon, Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Basel 2015.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 246 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Keller Andreas J., Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Victor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020.

Kuster Susanne/Mauro Raphaël, Aktuelle Herausforderungen der Beweisrechtshilfe, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, S. 43 ff.

Mieli Gaelle, Kommentierung zu Art. 1 IRSG, in: Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 08.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg1, besucht am 7.7.2025, DOI: 10.17176/20230908-105008-0).

Ludwiczak Maria, La proportionnalité en entraide internationale en matière pénale, AJP 2017, S. 608–612 (zit. Ludwiczak, La proportionnalité).

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 63 IRSG, in: Ludwiczak Glassey, Maria/Moreillon, Laurent (Hrsg.), Petit Commentaire EIMP: Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Ludwiczak Glassey Maria, Mesures de surveillance suisses et résultats obtenus à l'étranger, Remarques à propos de l'ATF 146 IV 36, forumpoenale 2020, S. 410–413 (zit. Ludwiczak Glassey, Mesures).

Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Niggli Marcel Alexander, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürcher Studien zum Strafrecht Bd. 113, Zürich 2022.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 247 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Thormann Olivier/Brechbühl Beat, Kommentierung zu Art. 248 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Walder Jacqueline, In dubio pro dynamische Rechtshilfe? Die vorzeitige Übermittlung nach Art. 80dbis IRSG am Beispiel geheimer Überwachungsmassnahmen und ihre Vereinbarkeit mit dem Konventionsrecht, AJP 2024, S. 824–844.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

I MATERIALI

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen und einem Bundesbeschluss über Vorbehalte zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 8.3.1976 BBl 1976 II 444, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG I).

Botschaft betreffend Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, BBl 1995 III 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 7.7.2025 (zit. Botschaft IRSG II).

Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Entwurf, BBl 1976 II 491, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1976/2_444_430_443/de, besucht am 7.7.2025.

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen Wegleitung, 9. Aufl. 2009 (Rechtsprechung
Stand Mai 2010) (zit. Wegleitung Rechtshilfe), abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/de/data/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-strafsachen-d.pdf, besucht am 7.7.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80c AIMP

Un commentario di Krisztina Balogh / Dominik Reichle

CITAZIONE SUGGERITA

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Commentario all'art. 80c AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Balogh/Reichle, art. 80c AIMP N. XXX.

Art. 80*c* Esecuzione semplificata

[1] Gli aventi diritto, specialmente i detentori di documenti, informazioni o beni possono consentirne la consegna fino alla chiusura della procedura. Il consenso è irrevocabile.

[2] Se tutti gli aventi diritto acconsentono, l'autorità competente registra il consenso per scritto e chiude la procedura.

[3] Se la consegna concerne solo una parte dei documenti, delle informazioni o dei beni richiesti, la procedura ordinaria si applica alla parte restante.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 447
II. Genesi e scopo 447
III. Interpretazione dell'articolo 80c AIMP 448
A. Paragrafo 1: portata dell'autorizzazione e del consenso 448
1. Persone autorizzate 448
2. Estensione dei diritti delle parti 448
3. Forma e momento del consenso 449
B. Paragrafo 2: procedura in caso di consenso completo (conclusione della procedura) 450
C. Paragrafo . 3: consenso parziale 451
Bibliografia 452
I materiali 453

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

L'art. 80c AIMP trova applicazione quando una persona legittimata acconsente espressamente alla prestazione di assistenza giudiziaria a uno Stato richiedente. In tal senso, la disposizione nel diritto dell'assistenza giudiziaria è talvolta intesa come controparte dell'estradizione semplificata ai sensi dell'art. 54 AIMP, che mira a concludere in modo efficiente una procedura di assistenza giudiziaria in modo consensuale. Disposizioni quasi identiche relative all'«esecuzione semplificata» si trovano anche nell'assistenza giudiziaria con l'Italia (art. XX EUeR CH-I) e gli Stati Uniti (art. 12a BG-RVUS). 1

Poiché non sono previste formalità particolari né sono disponibili mezzi di ricorso, la procedura è molto più rapida rispetto alla procedura di assistenza giudiziaria ordinaria. La disposizione serve quindi a **semplificare e accelerare la procedura** ai sensi del principio di accelerazione sancito dall'art. 17a AIMP. 2

II. GENESI E SCOPO

L'art. 80c AIMP è stato inserito nella legge nell'ambito della revisione della legge sull'assistenza giudiziaria del 4 ottobre 1996 (in vigore dal 1° febbraio 1997) e da allora il testo è rimasto invariato. Alla base di questa revisione vi era la volontà politica di accelerare e semplificare la procedura di assistenza giudiziaria, poiché in precedenza i ripetuti ricorsi contro le decisioni provvisorie avevano causato notevoli ritardi. In particolare, la prassi di ricorrere in appello in ogni fase del procedimento ha portato in alcuni casi alla prescrizione dei reati perseguiti all'estero. 3

Da questa revisione, a determinate condizioni è possibile trasmettere gli oggetti dell'assistenza giudiziaria già nel corso della procedura. Se una procedura di assistenza giudiziaria comprende diversi oggetti di assistenza giudiziaria, ad esempio più verbali di interrogatorio o diversi fascicoli, la procedura può essere suddivisa. Per le parti per le quali gli aventi diritto hanno dato il loro consenso esplicito e irrevocabile, è possibile una procedura semplificata ai sensi dell'articolo 80c del AIMP. Per quanto riguarda gli oggetti rimanenti ancora controversi, la procedura prosegue secondo il corso ordinario e si conclude con decisioni (parziali) definitive ai sensi dell'articolo 80d AIMP (cfr. articolo 80c cpv. 3). La trasmissione di singoli oggetti di 4

assistenza giudiziaria non presuppone quindi più necessariamente la conclusione dell'intera procedura di assistenza giudiziaria.

5 Il **vantaggio dell'esecuzione semplificata** è evidente: la procedura di assistenza giudiziaria può essere notevolmente accelerata, poiché vengono eliminate fasi dispendiose in termini di tempo e costi (motivazione di una decisione finale, procedura di ricorso). Proprio nel caso dei reati economici, un'analisi dell'Ufficio federale di giustizia del 2020 mostra che la durata media della procedura si riduce di circa quattro mesi grazie all'esecuzione semplificata.

III. INTERPRETAZIONE DELL'ARTICOLO 80C AIMP

A. Paragrafo 1: portata dell'autorizzazione e del consenso

1. Persone autorizzate

6 Sono considerate **persone autorizzate** ai sensi dell'AIMP quelle che hanno la qualità di parte nella procedura di assistenza giudiziaria. Né l'AIMP né l'ordinanza sull'assistenza giudiziaria (OAIMP) definiscono espressamente chi è parte; è quindi determinante la giurisprudenza del Tribunale federale, secondo la quale è parte chi è personalmente e direttamente interessato da una misura di assistenza giudiziaria e ha un interesse degno di protezione alla sua revoca o modifica. La qualità di parte si basa quindi sulla legittimazione al ricorso ai sensi dell'art. 80*h* lett. b AIMP.

7 È determinante il rapporto della persona con la prova o il valore patrimoniale in questione. Di norma, nella procedura di assistenza giudiziaria è legittimata al ricorso la persona contro cui è diretta la misura coercitiva o nei confronti della quale è stata eseguita. Ad esempio, in caso di consegna di documenti bancari, il titolare del conto (di norma, ma non la banca stessa) è legittimato a presentare ricorso. Per una descrizione più dettagliata dei soggetti legittimati e della legittimazione ad agire, si rimanda al commento di Dangubic Miro e Stelzer-Wieckowska Marta all'art. 80b sopra riportato.

2. Estensione dei diritti delle parti

8 Le persone aventi diritto godono di ampi **diritti delle parti** nel procedimento di assistenza giudiziaria, in particolare del diritto di essere

sentite, di consultare gli atti e di ricevere notifica delle decisioni (cfr. ad esempio l'articolo 80b AIMP).

Nel procedimento di assistenza giudiziaria possono sollevare obiezioni (dopo di che l'autorità emana una decisione finale impugnabile ai sensi dell'art. 80d AIMP) oppure acconsentire alla consegna (art. 80c AIMP). I diritti delle parti sono sanciti dall'art. 80b AIMP, introdotto nella stessa revisione del 1997. Secondo tale articolo, l'autorità esecutiva deve informare gli aventi diritto in merito alla richiesta di assistenza giudiziaria e agli atti al più tardi prima della conclusione del procedimento, affinché possano prendere posizione in modo adeguato. 9

Secondo il parere qui espresso, il consenso a un'esecuzione semplificata non comporta una rinuncia totale degli aventi diritto al **diritto di essere sentiti**, tanto più che i diritti delle parti possono essere esercitati in linea di principio fino alla conclusione definitiva del procedimento. È possibile, ad esempio, che la persona interessata, in occasione di un interrogatorio, acconsenta alla trasmissione del verbale dell'interrogatorio all'autorità straniera e contemporaneamente richieda e ottenga l'accesso agli atti procedurali. 10

A cosa può riferirsi il consenso? Ai sensi dell'articolo 80c cpv. 1 AIMP, gli aventi diritto possono «*fino alla conclusione del procedimento acconsentire alla consegna degli stessi*», dove «*degli stessi*» si riferisce a «*documenti, informazioni o valori patrimoniali*». Si tratta dei classici **oggetti di assistenza giudiziaria** che vengono trasmessi nell'ambito della cosiddetta piccola assistenza giudiziaria. Si tratta in primo luogo di potenziali mezzi di prova raccolti mediante misure probatorie o coercitive. Oltre ai supporti dati modificati o sequestrati e ai documenti scritti, per «*informazioni*» si intende regolarmente anche la trasmissione di verbali di interrogatorio. 11

3. Forma e momento del consenso

L'articolo 80c capoverso 1 non prescrive alcuna forma particolare, ma si limita a stabilire che gli aventi diritto «*possono ... dare il loro consenso*». Il consenso può quindi essere dato verbalmente o per iscritto. Per motivi di certezza del diritto e di conservazione delle prove, tuttavia, è fortemente raccomandabile la **forma scritta**. Il giudice dell'assistenza giudiziaria deve quindi constatare formalmente la conclusione anticipata della procedura di assistenza 12

giudiziaria, senza che tale conclusione richieda una motivazione, ma deve comunque registrare il consenso delle parti interessate.

13 Inoltre, in particolare nel caso di persone non rappresentate da un avvocato, occorre spiegare il testo dell'articolo 80c AIMP e il fatto che la dichiarazione in questione è irrevocabile e comporta quindi una **rinuncia ai mezzi di ricorso**.

14 Il consenso può essere dato «*fino alla conclusione della procedura*». Ne consegue che, in linea di principio, può essere dato **in qualsiasi momento** fino alla conclusione della procedura di esecuzione dell'assistenza giudiziaria in Svizzera all'autorità svizzera competente. La conclusione avviene tramite una decisione finale ai sensi dell'articolo 80d AIMP o, in caso di consenso, tramite una decisione finale informale ai sensi dell'articolo 80c cpv. 2 AIMP, seguita dalla trasmissione all'estero.

15 Affinché il consenso sia **efficace**, è inoltre necessario che gli oggetti dell'assistenza giudiziaria siano specificati in modo concreto. È quindi escluso un consenso generico o preventivo, ad esempio all'inizio del procedimento. La mancanza di una panoramica dettagliata della portata e del contenuto dei documenti sequestrati al momento della dichiarazione di consenso non ne pregiudica l'efficacia, purché i documenti in questione siano sufficientemente identificabili. Se tutti gli aventi diritto hanno dato il loro consenso, i documenti possono essere trasmessi immediatamente.

B. Paragrafo 2: procedura in caso di consenso completo (conclusione della procedura)

16 Il paragrafo 2 dell'articolo 16 disciplina la procedura da seguire quando tutti gli aventi diritto hanno dato il loro consenso. In questo caso, «*l'autorità competente registra il consenso per iscritto e conclude la procedura*». Il legislatore richiede quindi un atto formale di chiusura della procedura, ma senza verificare il contenuto dei requisiti di assistenza giudiziaria. Nella pratica, l'autorità redige una conferma firmata in cui si attesta che sono stati ottenuti tutti i consensi necessari. In questa **decisione di trasmissione**, essa indica inoltre i documenti da consegnare e dichiara conclusa la procedura. Il principio di specialità di cui all'articolo 67 AIMP si applica come nella procedura di assistenza giudiziaria ordinaria e viene portato a conoscenza

dell'autorità richiedente o dell'Ufficio federale di giustizia dall'autorità esecutiva.

In mancanza di ricorso, contro la decisione di trasmissione non è ammesso 17
alcun mezzo di ricorso. Ciò impedisce, ai fini della certezza del diritto, che la trasmissione di prove, informazioni o valori patrimoniali all'autorità estera possa essere successivamente messa in discussione.

Il ricorso è invece possibile se la validità del consenso viene contestata in 18
analogia con l'art. 23 segg. CO per **vizi del consenso** e l'errore non è imputabile alla persona interessata. A tal fine devono essere esaminate tutte le circostanze del caso e, in particolare, se l'autorità esecutiva ha causato l'errore o ha violato in altro modo il principio della buona fede. In conformità con una pertinente decisione del Tribunale federale, ciò non si verifica se l'autorità chiede contemporaneamente alla persona interessata la conferma del ricevimento di determinati documenti e il consenso all'esecuzione semplificata. In questo caso, l'autorità esecutiva poteva presumere che, con la conferma firmata dalla persona interessata, fosse stato validamente concesso il consenso all'esecuzione semplificata.

C. Paragrafo . 3: consenso parziale

Il Paragrafo 3 tiene conto della possibilità che non si raggiunga un consenso 19
sull'intero ambito della richiesta di assistenza giudiziaria. In questo modo si disciplina il caso del **consenso parziale** o della suddivisione del procedimento. In pratica ciò significa che l'autorità può suddividere il procedimento di assistenza giudiziaria. Per le parti per le quali gli aventi diritto hanno dato il loro consenso, la procedura viene conclusa in modo semplificato (consegna immediata di tali documenti ai sensi del cpv. 2). Per quanto riguarda le altre parti della richiesta per le quali non è stato dato il consenso, l'autorità prosegue la procedura ordinaria e alla fine emette una decisione finale motivata ai sensi dell'articolo 80d AIMP.

Nella **pratica** questa disposizione riveste grande importanza. Non è raro che 20
gli aventi diritto diano inizialmente il loro consenso solo per una parte delle prove raccolte, al fine di consultare prima eventuali rappresentanti legali o altre istanze per il resto. Per le autorità ciò comporta un onere supplementare dovuto alle procedure parallele, ma consente anche la trasmissione rapida delle prove non contestate. Con questa procedura esiste teoricamente il

rischio di decisioni contraddittorie: ciò potrebbe verificarsi se l'avente diritto acconsente alla trasmissione semplificata solo per una parte delle prove raccolte, presenta ricorso contro la decisione finale relativa alle prove restanti e la camera di ricorso ritiene che i requisiti per la prestazione dell'assistenza giudiziaria non siano soddisfatti. Considerando che, statisticamente, i ricorsi in materia di assistenza giudiziaria hanno raramente esito positivo e che solo una minima parte delle decisioni favorevoli ha un effetto sostanziale, tale rischio è da considerarsi minimo e deve essere accettato dall'autorità esecutiva.

Osservazioni:

Il parere giuridico dei due autori è indipendente da quello del loro datore di lavoro. I termini che si riferiscono a persone si applicano allo stesso modo a donne e uomini.

BIBLIOGRAFIA

Bussmann Adrian, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 17.7.2025.

Dangubic Miro/Werndli Patricia, Rechtshilfeweise Herausgabe von Einvernahmeprotokollen aus inländischen Verfahren – unter besonderer Berücksichtigung von TPF 2020 180, forumpoenale 3 (2023), S. 212–216.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Remund Cédric/Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich 2022.

I MATERIALI

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 28.7.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl. 2009, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 28.7.2025.

Eidgenössische Finanzkontrolle, Evaluation der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, EFK-18293, 22. Juni 2020, abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/justiz_und_polizei/18293/18293be-endgueltige-fassung-v04-d.pdf, besucht am 28.7.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80d AIMP

Un commentario di Krisztina Balogh / Dominik Reichle

CITAZIONE SUGGERITA

Krisztina Balogh/Dominik Reichle, Commentario all'art. 80 AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Balogh/Reichle, art. 80d AIMP N. XXX.

Art. 80*d* Chiusura della procedura d'assistenza

L'autorità d'esecuzione, qualora ritenga ultimato il disbrigo parziale o totale della domanda, emana una decisione motivata concernente la concessione e la portata dell'assistenza giudiziaria.

STRUTTURA

I. Informazioni generali 457
II. Procedura per l'emanazione della decisione finale 457
III. Struttura e contenuto della decisione finale 459
IV. Tutela giuridica ed esecuzione 460
V. Costi 461
Bibliografia 462
I materiali 463

I. INFORMAZIONI GENERALI

L'articolo 80d dell'AIMP obbliga l'autorità di esecuzione a chiudere una richiesta di assistenza giudiziaria, in tutto o in parte, con una **decisione finale** formale una volta completata l'esecuzione. Da quando è stata riveduta la legge sull'assistenza giudiziaria del 4 ottobre 1996 (in vigore dal 1° febbraio 1997), questa decisione finale è il punto cardine della procedura: è la decisione definitiva con cui l'autorità decide sull'ammissibilità e sulla portata dell'assistenza giudiziaria. 1

Prima dell'emanazione di una decisione finale, non è in linea di principio consentita **alcuna consegna di informazioni o mezzi di prova** allo Stato richiedente. Sono previste eccezioni in particolare per la trasmissione spontanea ai sensi dell'articolo 67a AIMP, la trasmissione di dati elettronici relativi al traffico ai sensi dell'articolo 18b AIMP, la trasmissione anticipata ai sensi dell'articolo 80d^{bis} AIMP e la trasmissione semplificata ai sensi dell'articolo 80c AIMP. 2

A seconda della **competenza esecutiva**, la decisione finale è emanata dall'autorità incaricata dell'esecuzione (ad esempio un pubblico ministero cantonale o il Ministero pubblico della Confederazione, cfr. art. 78 segg. AIMP) o, più raramente, dall'Ufficio federale di giustizia (UFG), nella misura in cui esso stesso decida in merito alla concessione e alla portata dell'assistenza giudiziaria (cfr. art. 79a AIMP; art. 28 segg. BG-RVUS). 3

La procedura di assistenza giudiziaria si conclude infine con una decisione finale nei casi in cui non sia indicato alcun altro tipo di conclusione, in particolare il rigetto (art. 78 cpv. 2 AIMP), la non entrata in materia (art. 80 cpv. 2 AIMP) o la conclusione informale in procedura semplificata (art. 80c AIMP). A questo proposito, nella dottrina la chiusura mediante decisione finale è intesa anche come **sussidiaria**. 4

II. PROCEDURA PER L'EMANAZIONE DELLA DECISIONE FINALE

L'emanazione di una decisione finale presuppone che l'autorità di esecuzione consideri la richiesta straniera come «*esaurita*». Ciò avviene quando sono state eseguite tutte le misure di assistenza giudiziaria ammissibili e i risultati 5

sono pronti per essere trasmessi, vale a dire quando è possibile prendere una decisione formale o sostanziale in merito alle richieste formulate nella domanda. Di conseguenza, la chiusura (parziale) della procedura di assistenza giudiziaria mediante decisione finale è in linea di principio anche un presupposto per la trasmissione all'estero.

6 In molti casi l'assistenza giudiziaria viene completamente espletata; tuttavia, la legge prevede espressamente che una decisione finale possa costituire anche la **conclusione di una parte** della richiesta. L'autorità può quindi, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, concludere una procedura di assistenza giudiziaria in più fasi, purché ciò sia giustificato da motivi oggettivi (ad esempio, se alcuni documenti sono già disponibili, ma altri non lo sono ancora). Per le parti della richiesta ancora in sospeso, devono essere emesse successivamente decisioni (finali) separate, non appena è possibile darvi esecuzione e sono soddisfatte le condizioni corrispondenti.

7 Se una decisione di assistenza giudiziaria non richiede una precedente decisione interlocutoria, le decisioni di entrata in materia, interlocutorie e finali possono essere **combinate tra loro**. Questo approccio concentrato mira ad accelerare il procedimento. È possibile e opportuno disporre direttamente decisioni di entrata in materia e conclusive ovunque la decisione conclusiva non sia preceduta da atti processuali separati in cui deve essere garantito il diritto di essere ascoltati. Ciò può verificarsi, ad esempio, in caso di consultazione di atti esistenti, di notifica di atti giudiziari o di rilascio di estratti del casellario giudiziario.

8 Una volta completata l'esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria, ossia quando l'autorità esecutiva ritiene la richiesta completamente o parzialmente esaurita, alle persone aventi diritto deve essere data la possibilità di esercitare il loro **diritto di essere sentite** in applicazione dell'art. 30 cpv. 1 PA. A tal fine viene emessa una comunicazione relativa alla decisione finale imminente. Questo diritto di esprimersi preventivamente riguarda esclusivamente la decisione finale (e non la decisione di entrata in materia o la decisione provvisoria) ed è considerato rispettato se la parte interessata viene espressamente informata, prima dell'emanazione della decisione, dei mezzi di prova che si intende produrre e le viene concesso un termine adeguato per presentare le proprie osservazioni. Se si tratta della produzione di documenti bancari, la banca ha il diritto di informare i propri clienti – dopo la revoca di

un eventuale divieto di comunicazione – in merito alla richiesta di assistenza giudiziaria (art. 80n cpv. 1 AIMP).

In questo caso, e in particolare se il cliente ha la residenza (o il domicilio) all'estero, l'autorità esecutiva deve attendere un termine adeguato tra la revoca del divieto di comunicazione e l'emanazione della decisione finale, affinché il cliente della banca possa prendere conoscenza del procedimento ed eventualmente parteciparvi o designare un domicilio di notifica in Svizzera.

L'autorità di esecuzione deve in linea di principio portare avanti rapidamente la procedura di assistenza giudiziaria in applicazione del **principio della rapida esecuzione** di cui all'art. 17a AIMP. A questo proposito, il Tribunale federale ha stabilito che un periodo di sette anni e mezzo tra il ricevimento della richiesta e la decisione finale dell'UFG, nonché fasi di inattività di un anno e mezzo e tre anni rispettivamente, costituiscono una violazione del principio di celerità, ma che tali ritardi non possono andare a discapito dello Stato richiedente. 9

III. STRUTTURA E CONTENUTO DELLA DECISIONE FINALE

Una tipica decisione finale in materia di assistenza giudiziaria contiene di norma i seguenti elementi: (a) **descrizione dei fatti** o sintesi della richiesta e dello svolgimento essenziale del procedimento (comprese le osservazioni delle parti coinvolte); (b) una **valutazione giuridica** con verifica dei requisiti di ammissibilità (tra cui la doppia incriminabilità, le garanzie di specialità, eventuali motivi di esclusione ai sensi dell'art. 2 segg. AIMP ecc.) e della questione della portata; nonché (c) il **dispositivo**, che indica la decisione sostanziale ed eventualmente l'ordine di consegna. Sono inoltre indicati (d) i **mezzi di ricorso** (con termine e competenza) e (e) la **regolamentazione delle spese**, se del caso (di norma non vengono addebitate spese procedurali). La **firma** della persona competente (ad es. il procuratore che conduce il procedimento o il funzionario dell'UFG incaricato del caso) conclude la decisione. 10

La decisione finale stabilisce inoltre **in che misura** viene concessa l'assistenza giudiziaria. In concreto, occorre indicare quali informazioni 11

possono essere trasmesse allo Stato richiedente, specificando con precisione i documenti destinati alla consegna.

12 La decisione finale deve essere **motivata per iscritto** (l'art. 80d AIMP richiede una *«decisione motivata»*). Questo obbligo formale di motivazione concretizza il diritto costituzionale di essere sentiti (art. 29 cpv. 2 Cost.) nella procedura di assistenza giudiziaria.

13 La motivazione di una decisione deve essere redatta in modo tale che la persona interessata possa eventualmente impugnarla in modo adeguato. Ciò è possibile solo se sia la persona interessata che l'autorità di ricorso possono farsi un'idea della portata della decisione. In tal senso, l'autorità che emette la decisione deve almeno esporre brevemente le **considerazioni essenziali** su cui si basa la sua decisione e esaminare gli argomenti centrali delle parti. Ciò non significa tuttavia che essa debba esaminare espressamente ogni affermazione fattuale e ogni obiezione giuridica. È sufficiente limitarsi agli aspetti essenziali per la decisione. La questione se tali considerazioni siano corrette e possano sostenere la decisione nel merito non è, in definitiva, una questione di diritto di essere ascoltati, ma riguarda la decisione nel suo contenuto materiale.

14 Dal **punto di vista sostanziale**, la decisione finale può essere emessa sotto forma di concessione completa dell'assistenza giudiziaria, concessione parziale, concessione con condizioni (soggette ad accettazione), concessione con espressa riserva di specialità o anche sotto forma di rifiuto completo della richiesta di assistenza giudiziaria. La decisione definitiva viene emessa anche quando a un richiedente viene negata la qualità di parte nel procedimento di assistenza giudiziaria o quando il tribunale delle misure coercitive nega a qualcuno la legittimazione a presentare una richiesta di sigillatura.

IV. TUTELA GIURIDICA ED ESECUZIONE

15 La decisione finale deve essere **notificata** alla parte interessata al suo domicilio (di residenza) o al suo domicilio di notifica in Svizzera (art. 80m cpv. 1 AIMP) e all'UFG (art. 5 OAIMP). Alle persone interessate residenti all'estero che non hanno designato un domicilio di notifica in Svizzera non vengono in linea di principio notificate decisioni all'estero. Il diritto alla notifica decade non appena la decisione che conclude la procedura di assistenza giudiziaria è esecutiva (art. 80m cpv. 2 AIMP).

Contro la decisione finale gli aventi diritto possono adire le vie legali. Gli articoli da 80e a 80l AIMP descrivono la possibilità di impugnare la decisione finale (insieme alle precedenti decisioni intermedie, purché queste non possano essere impugnate separatamente) mediante **ricorso alla Camera dei ricorsi del Tribunale penale federale**. 16

Se viene presentato ricorso contro una decisione finale, ciò ne impedisce di norma l'**esecutività**, tanto più che il ricorso ha effetto sospensivo per quanto riguarda la trasmissione di informazioni riservate o la consegna di oggetti o valori patrimoniali (art. 21 cpv. 4 AIMP). La decisione finale diventa formalmente esecutiva se le persone aventi diritto di ricorso rinunciano espressamente a presentare ricorso. In caso contrario, occorre attendere la scadenza del termine di ricorso di 30 giorni previsto dall'art. 80k AIMP. Se a seguito di un ricorso è stata emessa una decisione del Tribunale penale federale, questa può essere impugnata entro 10 giorni mediante ricorso in materia di diritto pubblico dinanzi al Tribunale federale (art. 100 cpv. 2 lett. b LTF). 17

Una volta che la decisione finale è diventata esecutiva, le prove o le informazioni raccolte possono essere **trasmesse** all'autorità richiedente. Ciò avviene di norma mediante una lettera di trasmissione informale. 18

V. COSTI

In linea di principio, le richieste di assistenza giudiziaria sono eseguite gratuitamente, in conformità con l'articolo 31 AIMP, cosicché allo Stato richiedente non vengono addebitate **alcune spese procedurali** (cfr. tuttavia l'articolo 80q AIMP, l'articolo 12 OAIMP e le disposizioni pertinenti contenute nei trattati internazionali) . 19

Per contro, nel **procedimento di ricorso** è ammessa l'imposizione delle spese procedurali ai ricorrenti, qualora il loro ricorso sia respinto in tutto o in parte (cfr. art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP in combinato disposto con l'art. 63 cpv. 1 PA). 20

Lo stesso vale in caso di comportamento querulante e abusivo. Il semplice esercizio dei mezzi di ricorso o il rifiuto di dare il proprio consenso non costituiscono espressamente un abuso di diritto. La persona interessata non deve quindi sostenere alcuna conseguenza in termini di costi. 21

Osservazioni:

Il parere giuridico dei due autori è indipendente da quello del loro datore di lavoro. I termini che si riferiscono a persone si applicano allo stesso modo a donne e uomini.

BIBLIOGRAFIA

Balogh Krisztina/Reichle Dominik, Kommentierung zu Art. 80c IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80c, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20251007-190624-0.

Dangubic Miro/Stelzer-Wieckowska Marta, Kommentierung zu Art. 80b IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 25.2.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80b, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20250225-194711-0.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basel 2015.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, 1. Aufl., Basel 2018.

Ludwiczak Glassey Maria, Kommentierung zu Art. 80d IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Laurent Moreillon (Hrsg.), Petit Commentaire, Loi sur l'entraide pénale internationale, Basel 2024.

Poglia Clara/Jakubowski Michaël, Kommentierung zu Art. 80h IRSG, in: Ludwiczak Glassey Maria/Staffler Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Version: 28.3.2025: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/irsg80h, besucht am 11.11.2025, DOI: 10.17176/20230908-114307-0

Remund Cédric/ Thormann Olivier, Rechtshilfe in Strafsachen in: Bazzani Claudio/Ferrari-Visca Reto, Nadelhofer Simone (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Eine umfassende Darstellung der rechtlichen und

praktischen Aspekte, inklusive Amts- und Rechtshilfe und Kooperation mit Behörden, Zürich 2022.

Zimmermann Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 6. Aufl., Bern 2024.

I MATERIALI

Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes und des Bundesgesetzes zum Staatsvertrag mit den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen sowie den Bundesbeschluss über einen Vorbehalt zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29.3.1995, BBl 1995 III 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/3_1_1_1/de, besucht am 11.11.2025.

Bundesamt für Justiz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 10. Aufl. 2025, abrufbar unter https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/strafrecht/wegleitungen.html, besucht am 24.11.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in francese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 80k AIMP

Un commentario di Francesca Bonzanigo

CITAZIONE SUGGERITA

Francesca Bonzanigo, Commentario all'art. 80k AIMP, in: Maria Ludwiczak Glassey/Lukas Staffler (a cura di), Commentario online alla Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale

Breve citazione: OK-Bonzanigo, art. 80k AIMP N. XXX.

Art. 80*k* Termine di ricorso

Il termine di ricorso contro la decisione finale è di trenta giorni o, se si tratta di una decisione incidentale, di dieci giorni dalla comunicazione per scritto della decisione.

STRUTTURA

I. Genesi dell'art. 80k AIMP 467
II. Il punto di partenza del termine di cui all'art. 80k AIMP 467
III. Il termine di 30 giorni 469
IV. Il termine di 10 giorni 470
Bibliografia 470

I. GENESI DELL'ART. 80K AIMP

L'art. 80*k* AIMP è stato introdotto in occasione della revisione dell'AIMP del 1995 ed è entrato in vigore nel 1997. Esso si inserisce nel contesto delle lunghe discussioni volte a determinare le modalità di organizzazione dei mezzi di ricorso in materia di assistenza giudiziaria. Durante i lavori legislativi si contrapponevano due grandi concezioni: da un lato, il cosiddetto metodo zurighese, secondo cui un ricorso sarebbe stato possibile solo al momento della decisione di entrata in materia, e, dall'altro, il cosiddetto metodo ginevrino, secondo cui un ricorso era ammesso solo al momento della decisione di chiusura, salvo situazioni eccezionali che consentivano un ricorso limitato contro le decisioni incidentali. Il metodo ginevrino ha ottenuto maggiore adesione, cosicché oggi è possibile in linea di principio presentare ricorso solo contro la decisione di chiusura, mentre la legge consente un ricorso limitato a condizioni rigorose e, per alcune decisioni, solo contro le decisioni incidentali (art. 80*e* AIMP). 1

II. IL PUNTO DI PARTENZA DEL TERMINE DI CUI ALL'ART. 80K AIMP

Secondo l'art. 80*k* AIMP, il termine di ricorso decorre dalla comunicazione scritta della decisione. Nel settore bancario, particolarmente delicato a causa di una «doppia comunicazione» alla banca e all'avente diritto derivante dagli obblighi che incombono alla banca in applicazione del contratto che la lega all'avente diritto e dell'art. 80*n* AIMP, la giurisprudenza ha sviluppato tre principi che consentono di determinare il momento in cui avviene la comunicazione all'avente diritto in modo da far decorrere il termine di ricorso. 2

In primo luogo, la comunicazione scritta richiesta dall'art. 80*k* AIMP deve essere interpretata alla luce dell'art. 80*m* AIMP, relativo alla notifica delle decisioni. Secondo tale disposizione, l'autorità di esecuzione deve notificare le proprie decisioni alla persona domiciliata in Svizzera (art. 80*m* cpv. 1 lett. a AIMP), o alla persona che ha eletto domicilio di notifica in Svizzera (art. 80*m* cpv. 1 lett. b AIMP *cum* art. 9 OEIMP). Pertanto, una comunicazione scritta all'avente diritto è necessaria per l'inizio del termine di cui all'art. 80k AIMP solo quando l'autorità di esecuzione è soggetta a un obbligo di notifica ai sensi 3

dell'art. 80m AIMP. In tal caso, il termine di cui all'art. 80*k* AIMP decorre dal giorno successivo alla notifica della decisione (art. 80*m* AIMP), conformemente alle norme ordinarie applicabili in materia di procedura amministrativa (art. 20 cpv. 1 *cum* art. 50 cpv. 1 PA). Se la persona è domiciliata all'estero, l'autorità di esecuzione non è tenuta a notificarle la decisione (art. 9 OEIMP). Spetta quindi alla banca che riceve le decisioni dell'autorità di esecuzione (in particolare quelle relative all'apertura della procedura di assistenza o a eventuali ordini di deposito o di sequestro) informare l'avente diritto in tempo utile, prima della chiusura della procedura di assistenza, affinché possa, se del caso, eleggere domicilio in Svizzera.

4 In secondo luogo, in mancanza di elezione di domicilio in Svizzera da parte dell'avente diritto, la decisione di chiusura viene notificata alla banca che detiene la documentazione bancaria richiesta o gli averi pignorati. La notifica alla banca non vale come notifica all'avente diritto, cosicché il termine per il ricorso di cui all'art. 80*k* AIMP non inizia ancora a decorrere. Il termine decorre dal momento in cui la banca comunica la decisione all'avente diritto. Tuttavia, la notifica alla banca fa decorrere un termine di 30 giorni, al termine del quale la decisione diventa esecutiva. Quando la decisione viene notificata alla banca, l'avente diritto può quindi, in linea di principio, ancora presentare ricorso entro un termine di 30 giorni a partire dalla sua effettiva conoscenza della decisione di chiusura. Per contro, se si manifesta dopo l'esecuzione della decisione, non ha più diritto di ricorso (art. 80*N* cpv. 2 AIMP). In sintesi, l'assenza di elezione di domicilio in Svizzera, anche volontaria, non consente di opporre all'avente diritto un termine di ricorso di 30 giorni a partire dalla notifica della decisione alla banca, ma lo espone al rischio di un intervento tardivo. Questa soluzione si impone, secondo la giurisprudenza, non solo in ragione del principio di celerità (art. 17*a* AIMP), ma anche dei principi di buona fede e di certezza del diritto. Essa è tuttavia caratterizzata da alcune incertezze. Si pone in particolare la questione di sapere quali passi debba intraprendere l'avente diritto per preservare il proprio diritto di ricorso e sospendere l'esecutività della decisione notificata alla banca. Poiché il legislatore non ha voluto creare una «finzione di notifica» quando una decisione viene comunicata alla banca, si deve ritenere che una semplice manifestazione del creditore presso l'autorità di esecuzione, ad esempio mediante una richiesta di accesso al fascicolo del procedimento di assistenza giudiziaria, sia sufficiente a sospendere l'esecutività della decisione, senza che

sia necessario presentare un ricorso entro 30 giorni dalla notifica della decisione alla banca.

In terzo luogo, il momento dell'effettiva presa di conoscenza da parte dell'avente diritto non si applica quando questi ha stipulato un accordo di «banca restante» con la banca. In tal caso, la decisione si considera notificatagli quando viene depositata, dalla banca, nel fascicolo «banca restante». Il termine per il ricorso non decorre quindi dal momento in cui la decisione gli è stata effettivamente comunicata, ma dal giorno successivo al deposito della decisione nel fascicolo. Il momento in cui la banca comunica con il proprio cliente o il momento in cui quest'ultimo viene effettivamente a conoscenza della decisione pronunciata non sono determinanti. 5

Quando un conto è stato chiuso, la convenzione di banca restante stipulata prima della chiusura del conto non è più opponibile all'avente diritto. La notifica alla banca non vale quindi come notifica all'avente diritto. Il termine di ricorso decorre solo dal momento in cui l'avente diritto ne prende effettivamente conoscenza secondo i principi esposti *supra* N. 4. 6

III. IL TERMINE DI 30 GIORNI

Il termine di 30 giorni si applica alla decisione di chiusura (art. 80*k*, primo comma, AIMP). È una decisione di chiusura quella che pone fine al procedimento di assistenza giudiziaria e con la quale l'autorità di esecuzione decide sulla concessione e sull'estensione dell'assistenza (art. 80*d* AIMP). 7

Il sequestro dei beni (o il mantenimento della misura), decisione di natura incidentale, può, in determinate circostanze particolari, essere soggetto a un termine di ricorso di 30 giorni. Tale è il caso quando la trasmissione della documentazione bancaria allo Stato richiedente è avvenuta mediante un'esecuzione semplificata (art. 80*c* AIMP) e non è stata oggetto di una decisione di chiusura. Lo stesso vale quando il ricorso è diretto contro una decisione di rigetto volta alla revoca del sequestro, mentre quest'ultimo si protrae già da un periodo «relativamente lungo». 8

Il termine di 30 giorni contro la decisione di chiusura ai sensi dell'art. 80*k* AIMP si applica solo in prima istanza, dinanzi alla Corte dei ricorsi del Tribunale penale federale (art. 25 cpv. 1 AIMP). In seconda istanza, dinanzi al Tribunale federale, il termine di ricorso contro la decisione di chiusura è di 10 giorni (art. 100 cpv. 2 lett. b LTF). 9

10 Non vi sono sospensioni per ferie nel procedimento di assistenza giudiziaria (art. 12 cpv. 2 AIMP e art. 46 cpv. 2 lett. d LTF).

IV. IL TERMINE DI 10 GIORNI

11 Il termine di 10 giorni si applica alle decisioni incidentali (art. 80*k*, secondo comma, AIMP), che possono essere oggetto di ricorso (poiché le ferie non si applicano al procedimento di assistenza giudiziaria; *supra* N. 10). È il caso del sequestro di oggetti o valori (art. 80*e*, n. 2, lett. a, AIMP) o della presenza di persone che partecipano al procedimento all'estero (art. 80*e*, n. 2, lett. b, AIMP). Lo stesso vale per le decisioni che non sono espressamente menzionate all'art. 80e cpv. 2 AIMP ma che possono essere oggetto di un ricorso autonomo in via eccezionale, poiché comportano la trasmissione di informazioni all'autorità straniera prima della pronuncia della decisione di chiusura.

12 Il termine di 10 giorni è applicabile solo se la decisione incidentale è impugnata in modo indipendente. Se il ricorrente impugna la decisione incidentale congiuntamente alla decisione di chiusura, si applica il termine di 30 giorni a partire dalla comunicazione scritta della decisione di chiusura (art. 80*k*, primo comma, AIMP). In seconda istanza, dinanzi al Tribunale federale, il termine per il ricorso contro la decisione incidentale è anch'esso di 10 giorni (art. 100 cpv. 2 lett. b LTF).

BIBLIOGRAFIA

Ludwiczak Glassey Maria/Moreillon Laurent (édit.), Loi sur l'entraide internationale en matière pénale, Petit Commentaire, Bâle 2024.

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (édit.), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Wyss Rudolf, Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, RSJ 1997.