



Il Tribunale penale federale svizzero accoglie una rogatoria della Procura di Milano finalizzata alla confisca "di prevenzione" di conti bancari svizzeri

(Nota a Trib. penale federale svizzero, sez. II, 21 gennaio 2011, Pres. Cova, ric. A.)

Emanuele NICOSIA

1. Con un'importante sentenza del 21 gennaio 2011, il **Tribunale penale federale svizzero** ha respinto il ricorso di A. – condannato in Italia in via non definitiva per associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e usura – contro la decisione delle competenti autorità elvetiche di accogliere la **domanda di assistenza giudiziaria** presentata dalla Procura di Milano nell'ambito del **procedimento di prevenzione** a carico dello stesso ricorrente (indiziato di appartenere alla *'ndrangheta*). Il procedimento si era concluso con pronuncia definitiva della Cassazione italiana del 15 dicembre 2009, e la rogatoria milanese era finalizzata in particolare ad ottenere, a fini di **confisca "di prevenzione"**, informazioni e documentazione sui conti bancari del prevenuto individuati in territorio svizzero.

Richiamate brevemente le **fonti normative nazionali e internazionali** che regolano la materia dell'**assistenza giudiziaria in materia penale** tra Svizzera e Italia, **sia in generale** (Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, Accordo italo-svizzero del 10 settembre 1998, nonché, a partire dal 12 dicembre 2008, artt. 48 e ss. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985), **che in particolare in materia di confisca** (Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990), i giudici svizzeri analizzano e respingono uno ad uno tutti i motivi di ricorso, concludendo nel senso dell'**accoglimento della rogatoria**.

Tale esito non era affatto scontato, trattandosi di domanda di assistenza formulata nel quadro di un procedimento (quello di prevenzione patrimoniale italiano) **formalmente non penale**, e dunque in linea di principio non compreso nel campo di applicazione delle norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale sopra richiamate.

2. Il cuore della sentenza è rappresentato infatti dalla trattazione del problema – dirimente ai fini della concessione dell'assistenza richiesta – della **natura giuridica del procedimento e della confisca di prevenzione** previsti dall'ordinamento italiano. Il ricorrente, infatti, avanzava dubbi sulla natura giuridica penale della confisca e quindi sulla possibilità per le autorità italiane di utilizzare gli strumenti dell'assistenza giudiziaria in materia penale al fine di ottenere la confisca dei suoi beni situati all'estero.

Il Tribunale penale federale svizzero è stato però di diverso avviso. Premesso che la **cooperazione giudiziaria internazionale** in materia penale può essere richiesta e concessa quando un procedimento penale sia stato aperto nello Stato richiedente, e al fine di agevolare il perseguimento di reati da parte dell'autorità giudiziaria straniera, i giudici elvetici richiamano anzitutto la giurisprudenza svizzera secondo cui tale

cooperazione può essere concessa (come avvenuto in passato) **anche nell'ambito di procedimenti preliminari, eventualmente di natura amministrativa, preordinati all'apertura di un procedimento penale o al rinvio a giudizio, ovvero collegati comunque a un procedimento penale**. Sarebbero invece inammissibili solo le domande di assistenza giudiziaria formulate nell'ambito di procedure puramente civili o amministrative.

Dopodiché, adottando quella che la Corte europea dei diritti dell'uomo definirebbe "**interpretazione autonoma**" della materia penale, il tribunale svizzero afferma di non ritenere dirimente la qualificazione giuridica data in diritto italiano al procedimento di prevenzione, e di dover procedere invece ad una indagine sulla sua natura giuridica alla luce del diritto svizzero.

In quest'ottica, una volta analizzati accuratamente il **procedimento di prevenzione italiano** e i suoi **rapporti col processo penale ordinario** (attraverso l'ampio richiamo a fonti dottrinali e giurisprudenziali italiane¹), il Tribunale penale federale si sofferma innanzitutto sulla **giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**, evidenziando come possa ritenersi ormai consolidato l'orientamento incline a considerare il procedimento di prevenzione patrimoniale italiano di per sé non in contrasto con la Cedu (analogamente del resto a quanto affermato dalla stessa Corte in merito alle analoghe forme di confisca "allargata" previste nel Regno Unito)². In particolare, sebbene la confisca di prevenzione limiti certamente il **diritto di ognuno al rispetto dei propri beni** (articolo 1, Protocollo 1, Cedu), secondo i giudici di Strasburgo essa costituirebbe infatti **un'interferenza legittima** (in quanto finalizzata all'interesse generale di prevenire l'utilizzo illecito e pericoloso di beni di dubbia origine lecita) e **proporzionata rispetto allo scopo** di contrastare il potere economico delle organizzazioni criminali; inoltre, essa non contrasterebbe **con il diritto ad un equo processo e con il diritto di difesa** (art. 6 Cedu), e ciò perché, da un lato, è pur sempre il **pubblico ministero** a dover fornire gli indizi posti a fondamento della misura, senza alcuna inversione dell'**onere probatorio**, e, dall'altro, rimangono comunque garantiti il **contraddittorio e tre gradi di giudizio**.

I giudici svizzeri passano poi ad esaminare la **confisca nel diritto svizzero**, rilevando come essa costituisca **uno strumento in rem** con caratteri simili a quelli che essa presenta nel diritto italiano: applicabile, quindi, anche quando l'autore del reato non è perseguibile o punibile per vari motivi, sulla base della semplice esistenza di un reato e di un legame causale tra questo e i beni da confiscare, senza che si richieda un'indagine penale sulla specifica colpevolezza del presunto autore. Coerentemente,

¹ In particolare v. C. MACRÌ- V. MACRÌ, *La legge antimafia*, Napoli, 1983; FILIPPI-CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in AA. VV., *Il decreto sicurezza - D.l. n. 92/2008 conv. con modif. in l. n. 125/2008*, Torino, 2009; BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010; Cass. 13 luglio 1982, n. 1056; Cass. 7 marzo 1985, n. 106.

² Per l'Italia si richiamano la decisione di irricevibilità *G.M. c. Italia* del 15 aprile 1991, n. 12386/86; la sentenza *Raimondo c. Italia* del 22 febbraio 1994, n. 12954/87; e la decisione di irricevibilità *Arcuri e altri c. Italia* del 5 luglio 2001, n. 52024/99; per il Regno Unito invece la sentenza *Phillips c. Regno Unito* del 5 luglio 2001, n. 41087/98; e le decisioni di irricevibilità *Butler c. Regno Unito* del 27 giugno 2002, n. 41661/98; e *Webb c. Regno Unito* del 10 febbraio 2004, n. 56054/00.

l'applicazione della confisca può avvenire **nel quadro di un processo penale**, attraverso la sentenza che lo conclude; ma anche **all'esito di un procedimento autonomo rispetto a quello penale**, che non condivide con quest'ultimo né svolgimento né esiti.

Quanto, più specificamente, alla possibilità di concedere assistenza giudiziaria, il tribunale rileva che, date le differenze tra le varie legislazioni nazionali in materia di confisca e di procedure per la sua applicazione, ogni procedimento nazionale che possa sfociare in un provvedimento di confisca, indipendentemente dai suoi legami con un procedimento penale, può legittimamente costituire premessa per una richiesta di assistenza giudiziaria. Ciò che conta, ai fini di una qualificazione sostanzialmente "penale" della misura e della sua conseguente riconducibilità all'ambito di applicazione delle norme sull'assistenza giudiziaria in materia penale, è che la confisca sia adottata da un'**autorità giudiziaria** e che riguardi il **prodotto (o lo strumento) di un reato**.

In definitiva, il procedimento di prevenzione patrimoniale italiano presenterebbe un **sufficiente grado di affinità** con le procedure di confisca previste o riconosciute dal diritto svizzero, poiché presuppone sia la realizzazione di un reato (senza che si richieda però una specifica attribuzione di responsabilità penale all'interessato) sia un legame tra il reato e l'oggetto della confisca: può essere assimilata dunque ad una "**causa penale**" ai fini della concessione da parte delle autorità elvetiche della richiesta assistenza giudiziaria.

3. Al di là della questione della natura giuridica della confisca di prevenzione, la sentenza svizzera contiene anche altre interessanti affermazioni, in particolare in tema di **condizioni di accoglibilità della rogatoria** e a proposito del **tipo di controllo** che le autorità dello Stato richiesto sono tenute ad esercitare sulla stessa.

Secondo il *Bundesstrafgericht* svizzero, infatti, se è vero che la normativa svizzera e internazionale richiede che la rogatoria contenga una chiara esposizione dei fatti su cui la richiesta di assistenza si basa e della loro qualificazione giuridico-penale, nonché dell'oggetto e del motivo della richiesta, d'altra parte non si può pretendere che lo Stato richiedente presenti "un esposto dei fatti totalmente esente da lacune o contraddizioni, visto che lo scopo della rogatoria è proprio quello di chiarire punti oscuri relativi alle fattispecie oggetto d'indagine all'estero, fermo restando che la verifica delle condizioni per la concessione dell'assistenza deve rimanere possibile". Ciò, prosegue il Tribunale federale, "non implica per lo Stato richiedente l'obbligo di provare la commissione del reato, ma solo quello di **esporre in modo sufficiente le circostanze sulle quali fonda i propri sospetti**, in modo tale da escludere che sussista un'inammissibile ricerca indiscriminata di prove", in quanto "l'esame della colpevolezza è riservato al giudice straniero del merito, non a quello svizzero dell'assistenza". Così come, d'altronde, **è di competenza dell'autorità del solo Stato richiedente e non dello Stato richiesto** il giudizio circa la **rilevanza delle informazioni richieste** nell'ambito di una domanda di assistenza giudiziaria, a meno che i mezzi di prova richiesti non siano certamente irrilevanti.

4. La decisione dei giudici svizzeri si segnala perché costituisce in qualche misura una conferma della **rilevanza pratica e non meramente teorica del dibattito intorno alla natura giuridica** della confisca, rilevanza emersa stavolta sul versante pressoché inesplorato dell'applicabilità o meno delle norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale³.

Da questo punto di vista, si può osservare che il tribunale elvetico finisce per ripercorrere strade frequentemente battute anche dalla giurisprudenza italiana con riferimento ad altri aspetti problematici: lungi dallo stabilire in via generale e una volta per tutte quale sia la natura giuridica di un istituto polivalente e multifunzionale come la confisca, i giudici tendono ad impiegare infatti solo *alcuni* tra i diversi **indici sintomatici** offerti dalla disciplina normativa (in questo caso, **autorità adottante e oggetto**), prescegliendo esclusivamente quelli funzionali all'affermazione della natura sostanzialmente penale del procedimento di confisca.

Peraltro, quest'ultima conclusione si fonda essenzialmente sulla rilevata affinità della confisca di prevenzione con altre figure penali di confisca per le quali l'assistenza giudiziaria è generalmente concessa, sicché – sebbene formulata in termini generali – deve ritenersi verosimilmente valida **solo rispetto alla specifica conseguenza applicativa che da tale qualificazione deriva nel caso di specie**, vale a dire *ai soli fini* dell'applicabilità delle norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale. La confisca di prevenzione sarebbe quindi "penale" ai fini della concessione dell'assistenza, senza potersi però escludere, data la polivalenza dell'istituto, che là dove vengano in gioco *altre* ricadute applicative, la soluzione data al problema della natura giuridica possa (o debba) essere diversa. Si tratta di qualcosa di simile all'**interpretazione funzionale** spesso adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴: i giudici di Strasburgo, infatti, quando si pronunciano sulla natura giuridica di un istituto, lo fanno infatti generalmente *ai fini* della determinazione dell'ambito di applicabilità delle norme della Cedu sui diritti dell'uomo (garanzie processuali, irretroattività), sicché non necessariamente da tale affermazione si possono trarre, in merito alla natura giuridica, conclusioni di portata più generale.

In conclusione: la decisione dei giudici svizzeri va accolta senz'altro con favore per le indubbe sinergie giudiziarie che può mettere in moto, consentendo alle autorità

³ Sul carattere problematico della natura giuridica della confisca, evidenziato più volte in dottrina e giurisprudenza, v. per tutti in generale GRASSO, *Art. 240*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, seconda ediz., III, Milano, 2011, 609; con riferimento specifico alla confisca di prevenzione, MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in CASSANO [a cura di], *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo "il pacchetto sicurezza"*, Roma 2009, 39 ss., spec. 119 ss.; in giurisprudenza, Cass. sez. un. 27 marzo 2008 - 2 luglio 2008, Fisia italmobiliari s.p.a e altre, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss., con note di MONGILLO e LORENZETTO, e *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1263 ss., con commenti di EPIDENDIO e ROSSETTI).

⁴ Anche con riferimento alla confisca: v. ad esempio la decisione *Sud Fondi srl e altri c. Italia* del 30 agosto 2007, n. 75909/01, in *Cass. pen.*, 2008, 3504.

italiane di individuare ed aggredire i patrimoni “sospetti” anche oltre confine. Non si può però fare a meno di rilevare che, là dove indica come unici elementi sintomatici della natura penale l’esistenza di un reato e di un legame tra questo e i beni da confiscare, la sentenza non tiene nella dovuta considerazione che, **nel caso della confisca di prevenzione, l'accertamento dell'esistenza di un reato in realtà manca.** A meno di non intendere tale requisito, in maniera molto più blanda, come **collegamento causale tra i beni da confiscare e una sospetta attività criminale**, alla quale possa ricondursi la loro origine. E, forse, le più che apprezzabili esigenze di contrasto al potere economico della criminalità organizzata potrebbero effettivamente costituire una ragione sufficiente per optare in favore di questa interpretazione.