

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numero dell'incarto: RR.2008.277 + RP.2008.52

Sentenza del 1° marzo 2010

Il Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali Cornelia Cova, Presidente,
Miriam Forni e Patrick Robert-Nicoud,
Cancelliera Elena Maffei

Parti

A., rappresentato dall'avv. Ernesto Ferro,

Ricorrente

contro

MINISTERO PUBBLICO DELLA CONFEDERAZIONE,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
all'Italia

Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Gruppi d'indagine comuni (art. XXI Accordo italo-
svizzero)

Fatti:

- A.** Nel 2002, il Ministero pubblico della Confederazione (in seguito: MPC) ha avviato un'inchiesta di polizia giudiziaria denominata "B." ed avente n° di procedura "1" nei confronti di C. ed altri per titolo di infrazione qualificata alla legge sugli stupefacenti (art. 19 nn. 1 e 2 LStup), partecipazione e/o sostegno ad organizzazione criminale (art. 260^{ter} CP), riciclaggio di denaro (art. 305^{bis} CP), importazione e acquisto di monete false (art. 244 CP) ed altri reati. L'inchiesta in questione, estesa pure ad A. in data 5 giugno 2003, è attualmente nella fase dell'istruttoria preparatoria (art. 108 e segg. PP; RS 312.0) diretta dall'Ufficio dei Giudici istruttori federali (in seguito: UGIF).
- B.** Dal canto suo, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese ha avviato, in Italia, un procedimento penale contro C. ed altri segnatamente per titolo di riciclaggio di denaro (art. 648^{bis} del Codice penale italiano, traffico illecito di sostanze stupefacenti (art. 73 DPR n. 309 del 1990) ed altri reati. Nell'ambito di questo procedimento, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese ha presentato alla Svizzera, in data 28 ottobre 2003, una domanda di assistenza giudiziaria, nonché i relativi complementi il 5 aprile 2004, 8 maggio 2004, 2 dicembre 2004, 14 dicembre 2004, 8 maggio 2005, 18 maggio 2005, 2 agosto 2005 e 11 settembre 2006. Il Tribunale federale ha già avuto modo di chinarsi sui requisiti formali e materiali della richiesta del 28 ottobre 2003 respingendo un precedente ricorso inoltrato dal ricorrente (sentenza del Tribunale federale 1A.177/2005 del 2 agosto 2006).

Secondo l'esposto dei fatti di cui alle richieste di assistenza italiane, le persone indagate sarebbero autrici di diversi episodi criminosi verificatisi nelle Province di Varese e Milano con estensione sul territorio elvetico. Le attività criminali in questione sarebbero essenzialmente connesse al commercio di sostanze stupefacenti, al traffico d'armi, ad estorsioni aggravate e al riciclaggio di imponenti somme di denaro provento dei suddetti reati. L'autorità rogante precisa inoltre che, in base alle indagini espletate, risulterebbe che l'attività di spaccio di cocaina nel territorio prospiciente il confine italo-svizzero, è gestita da persone originarie di Mesoraca e residenti da anni nella Provincia di Varese. Sempre secondo l'ipotesi investigativa dell'autorità richiedente, i proventi della predetta attività sarebbero stati affidati, per essere riciclati, a A. e D., entrambi residenti a Z., e operanti attraverso le società E. AG e F. AG, con sede a Zurigo. L'autorità italiana ha pertanto chiesto in via rogatoriale la trasmissione di numerosi atti d'indagine acquisiti nel corso dell'inchiesta nazionale dall'autorità rogata, e segnatamente varia documentazione riferita ad A.

- C.** Considerato che Italia e Svizzera avevano avviato un'indagine a carico di un gruppo di persone fra le quali figuravano indiziati comuni e che in entrambe le indagini, erano emerse prove di notevole rilevanza per i reciproci procedimenti, il MPC e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese hanno concluso, in data 20 febbraio 2004, un accordo finalizzato alla costituzione di una squadra investigativa comune ai sensi dell'art. XXI dell'Accordo completo del 10 settembre 1998 (Accordo italo-svizzero; RS 0.351.945.41) concluso tra Italia e Svizzera allo scopo di completare e agevolare l'applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1).
- D.** Mediante decisioni di entrata in materia e di chiusura del 6 aprile 2004, 7 aprile 2004, 25 maggio 2004, 17 giugno 2004, 1° ottobre 2004, 3 dicembre 2004, 7 dicembre 2004, 17 dicembre 2004, 25 febbraio 2005, 10 marzo 2005, 2 giugno 2005, 22 agosto 2005 e 8 settembre 2009, il MPC ha accolto le rogatorie, autorizzando la trasmissione all'autorità richiedente di tutta una serie di atti acquisiti dall'autorità elvetica, segnatamente varia documentazione relativa a A. Giusta l'art. 80b cpv. 2 AIMP, le predette decisioni non sono state notificate agli interessati ritenute le esigenze istruttorie e la natura delle indagini condotte in Italia e in Svizzera.
- E.** Con scritto dell'8 settembre 2008, il Giudice istruttore federale straordinario (in seguito: GIF), attualmente competente per il procedimento penale elvetico, ha comunicato al MPC la revoca del riserbo alla "notificazione delle decisioni". In data 1° ottobre 2008 le decisioni di entrata in materia e di chiusura precitate sono state notificate ad A.
- F.** Il 3 novembre 2008, A. è insorto contro le decisioni di chiusura del 6 aprile 2004, 7 aprile 2004, 25 maggio 2004, 17 giugno 2004, 1° ottobre 2004 e 7 dicembre 2004, mediante ricorso presso la II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale. A conclusione della sua impugnativa, egli chiede che la domanda di assistenza presentata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese venga integralmente respinta. Invocando lo stato d'indigenza egli chiede inoltre che gli sia concessa l'assistenza giudiziaria gratuita e che l'avv. Ernesto Ferro sia nominato difensore d'ufficio nell'ambito della presente procedura.

In data 5 novembre 2008 la II Corte dei reclami penali ha inoltrato ad A. l'apposito formulario concernente la richiesta di assistenza giudiziaria, il quale è ritornato compilato alla medesima autorità il 17 novembre 2008.

- G.** Nella risposta del 3 dicembre 2008 il MPC propone la reiezione del ricorso. Alla stessa conclusione giunge l'Ufficio federale di giustizia (UFG) nelle sue osservazioni del 19 dicembre 2008.

- H. Con replica del 16 marzo 2009, A. conferma sostanzialmente le proprie conclusioni.
- I. Mediante duplice del 20 aprile 2009, il MPC ribadisce le precedenti conclusioni.
- J. Con triplice del 20 maggio 2009, A. conferma sostanzialmente le conclusioni formulate nelle pregresse scritture.
- K. In data 16 febbraio 2010, A. ha inviato alla presente autorità un'ulteriore scritto, il quale è stato trasmesso per conoscenza all'UFG e al MPC.

Diritto:

- 1. Benché il ricorso sia stato redatto in lingua tedesca, la presente sentenza viene emessa nella lingua delle decisioni impugnate, ossia l'italiano (art. 33a cpv. 2 della legge federale sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021), applicabile in virtù del rinvio previsto dall'art. 30 lett. b della legge sul Tribunale penale federale (LTPF; RS 173.71).
- 1.1. La decisione dell'autorità cantonale o federale d'esecuzione relativa alla chiusura della procedura in materia di assistenza giudiziaria internazionale può essere impugnata con ricorso alla II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale (art. 80e cpv. 1 della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, AIMP [RS 351.1], nonché art. 28 cpv. 1 lett. e LTPF e 9 cpv. 3 del relativo Regolamento [RS 173.710]).
- 1.2. I rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale fra la Repubblica Italiana e la Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, entrata in vigore il 12 giugno 1962 per l'Italia ed il 20 marzo 1967 per la Svizzera (CEAG; RS 0.351.1). Allo scopo di completare e agevolare l'applicazione di questa convenzione multilaterale, Italia e Svizzera hanno altresì concluso un Accordo completo del 10 settembre 1998 (RS 0.351.945.41), entrato in vigore mediante scambio di note il 1° giugno 2003 (in seguito: l'Accordo italo-svizzero).
- 1.3. Dal 12 dicembre 2008 gli art. 48 e segg. della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS; n. CELEX 42000A0922(02); Gazzetta ufficiale L 239/19-62 del 22 settembre 2000) si

applicano anche all'assistenza giudiziaria in materia penale tra l'Italia e la Svizzera (v. sentenza del Tribunale penale federale RR.2008.312 del 17 giugno 2009, consid. 2.2).

- 1.4.** Alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto in detti trattati non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello pattizio, si applica il diritto svizzero, segnatamente la AIMP e la relativa ordinanza (v. art. 1 cpv. 1 AIMP, art. I n. 2 dell'Accordo italo-svizzero; DTF 124 II 180 consid. 1a; 123 II 134 consid. 1a; 122 II 140 consid. 2). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 123 II 595 consid. 7c; TPF 2008 24 consid. 1.1).
- 1.5** Il ricorso è stato tempestivamente interposto contro decisioni di consegna di mezzi di prova secondo l'art. 74 AIMP rese dall'autorità federale d'esecuzione. I requisiti di ammissibilità di cui agli art. 80k, così come 80e cpv. 1 in relazione con l'art. 25 AIMP, sono pacificamente dati.
- 1.6** La ricevibilità del gravame presuppone tuttavia anche la legittimazione a ricorrere dell'insorgente giusta l'art. 80h AIMP. In base a quest'ultima disposizione, oltre all'UFG (art. 80h lett. a AIMP), ha diritto di ricorrere 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 (art. 80h lett. b AIMP; v. anche l'art. 21 cpv. 3 AIMP per quanto concerne le persone contro cui è diretto il procedimento penale all'estero). Il concetto di persona toccata ai sensi dei predetti articoli di legge trova concretizzazione sia nella giurisprudenza che all'art. 9a OAIMP. Per essere considerato personalmente e direttamente toccato da una misura di assistenza giudiziaria internazionale, il ricorrente deve avere un legame sufficientemente stretto con la decisione litigiosa (DTF 123 II 161 consid. 1 d/aa). L'interesse da cui rampolla la qualità per agire può essere giuridico o fattuale. Esso non deve necessariamente corrispondere a quello tutelato dalla norma invocata. Occorre però che il ricorrente sia toccato più di altri, rispettivamente del collettivo degli amministrati, in un interesse importante, risultante dalla sua posizione per rapporto all'oggetto della contestazione. Un interesse degno di protezione esiste allorché la situazione di fatto o di diritto del ricorrente può essere influenzata dall'esito della causa: è necessario che un eventuale accoglimento del ricorso gli procuri un vantaggio di natura economica, materiale oppure ideale. Il ricorso proposto soltanto nell'interesse della legge oppure di un terzo non è ammissibile (DTF 126 II 258 consid. 2d; 125 II 356 consid. 3b/aa; 124 II 409 consid. 1 e/bb, 499 3b pag. 504; 123 II 115 consid. 2a). Più concretamente, nel caso di una richiesta d'informazioni su un conto bancario è considerato personalmente e direttamente toccato il titolare del conto (v. art. 9a lett. a OAIMP; DTF 118 Ib 547 consid. 1d), così come nelle perquisizioni domiciliari questa qualità spetta al proprietario o al

locatario (v. art. 9a lett. b OAIMP), rispettivamente nell'ambito di misure concernenti un veicolo a motore al detentore dello stesso (v. art. 9a lett. c OAIMP). In via giurisprudenziale è stato altresì precisato che la legittimazione a ricorrere compete alla persona direttamente sottoposta a una misura coercitiva (perquisizione, sequestro o interrogatorio; DTF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 127 II 198 consid. 2d; 126 II 258 consid. 2d; 124 II 180 consid. 1b), mentre gli interessati toccati solo in maniera indiretta, come ad esempio il mero avente diritto economico di un conto bancario, non possono impugnare tali provvedimenti (DTF 122 II 130 consid. 2b e rinvii). Per lo stesso motivo, nel caso di documenti in possesso di terzi, soltanto questi ultimi in quanto loro possessori possono contestare il sequestro e la trasmissione degli stessi, anche se i documenti in questione concernono un'altra persona contro la quale è pendente un procedimento penale estero. (DTF 123 II 161 consid. 1d; 116 Ib 106 consid. 2a; TPF 2007 79 consid. 1.6). Secondo la giurisprudenza, questo vale parimenti nel caso di documentazione bancaria detenuta da un avvocato o da una fiduciaria in ragione di un mandato (sentenza del Tribunale federale 1A.293/2004 del 18 marzo 2005, consid. 2.3; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.101 del 12 luglio 2007, consid. 2.1). La persona perseguita all'estero non può ricorrere contro misure che toccano terzi (DTF 116 Ib 106 consid. 2a/aa; 110 Ib 387 consid. 3b). La legittimazione a impugnare la trasmissione di verbali d'interrogatorio spetta, di massima, unicamente al teste sottoposto direttamente alla misura coercitiva e solo nella misura in cui è chiamato a fornire informazioni che lo concernono personalmente o che si prevale del suo diritto di non testimoniare (DTF 126 II 258 consid. 2d/bb; 122 II 130 consid. 2b; 121 II 459; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ed., Berna 2009, n. 526, pag. 478). Un terzo, per contro, non è legittimato a contestare la consegna di un verbale d'audizione allo Stato richiedente neppure quando le affermazioni ivi contenute lo tocchino personalmente. È ammessa un'eccezione a questa prassi solo per il titolare del conto oggetto della domanda di assistenza e solo in quanto le informazioni contenute nel verbale possano essere equiparate a una trasmissione di documenti concernenti la relazione bancaria e il titolare sarebbe stato, in tal caso, legittimato a impugnarne la trasmissione (DTF 124 II 180 consid. 2; sentenza 1A.282/2005 del 30 aprile 2007, consid. 2.3.1; sentenza del Tribunale federale 1A.141/1998 del 9 febbraio 1999 consid. 2a, apparsa in: *Rep* 1999 pag. 123). Nell'ipotesi in cui segnatamente dei verbali sono stati acquisiti esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale svizzero e non in seguito ad una commissione rogatoria, tali informazioni sono da considerarsi entrate in possesso dell'autorità rogata a prescindere dalla rogatoria in quanto tale per cui non possono essere considerati il prodotto di un provvedimento coercitivo ai sensi dell'art 64 AIMP. In tale evenienza, l'indagato all'estero è toccato solo indirettamente dalla misura di assistenza e pertanto difetta la legittimazione ex art. 80h AIMP (v. sentenza del Tribunale federale

1A.243/2006 del 4 gennaio 2007, consid. 1.2; TPF 2007 79 del 10 luglio 2007 consid. 1.6.1; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.17 del 30 aprile 2007, consid. 1.6.2).

- 1.7** Nella fattispecie, considerato che il ricorrente ha impugnato sei decisioni di chiusura, è opportuno esaminare, per ognuna di essa, se sussiste la legittimazione per ricorrere:
- 1.7.1** Mediante decisioni del 1° ottobre e 7 dicembre 2004, l'autorità federale d'esecuzione ha ordinato segnatamente la trasmissione dei verbali d'interrogatorio di A. del 23 agosto, 3 settembre, 9 settembre, 17 settembre, 20 settembre e 30 settembre, 21 ottobre, 4 novembre, 17 novembre, 18 novembre, 22 novembre e 26 novembre 2004. I suddetti verbali sono stati acquisiti mediante misure coercitive ai sensi dell'art. 64 AIMP dopo l'inoltro della domanda di assistenza. L'insorgente è pertanto legittimato ad impugnare la loro trasmissione all'estero (v. DTF 126 II 258 consid. 2d/bb; TPF 2007 79 consid. 1.6.4; sentenza del Tribunale 1A.91/2005 del 15 luglio 2005). Per quanto attiene invece alla trasmissione di verbali d'interrogatorio riferiti a terze persone, il gravame di A. è inammissibile per carenza di legittimazione giusta l'art. 80h AIMP (sentenza del Tribunale federale 1A.281/2003 del 18 novembre 2004, consid. 1.2).
- 1.7.2** In merito alla decisione del 17 giugno 2004 concernente la trasmissione di numerose risultanze di sorveglianza telefoniche del ricorrente, in particolare conversazione A.-D. del 24 novembre 2003 alle 20.39, rapporti di richiesta per l'applicazione di misure di sorveglianza tecnica su A. del 20 febbraio 2004 e del 22 marzo 2004, rapporto richiesta per l'applicazione di misure di sorveglianza tecnica, dati pregressi cellulari e Publiphone su D., G. ed A. del 3 maggio 2004, complemento richiesta dati pregressi Publiphone (01.05.2004) utilizzato da A. del 10 maggio 2004, la legittimazione a ricorrere è pacifica trattandosi di informazioni assunte mediante misure coercitive che concernono il ricorrente. Per quanto attiene invece alla trasmissione degli altri documenti menzionati nella decisione impugnata relativi a terze persone, il gravame di A. è inammissibile per carenza di legittimazione giusta l'art. 80h AIMP.
- 1.7.3** Mediante decisione del 25 maggio 2004, il MPC ha ordinato tra l'altro la trasmissione del rapporto della polizia cantonale di Zugo del 22 febbraio 2004 relativo a A., alla società J. ed altri contenente informazioni acquisite, sia pur di riflesso, mediante misure coercitive. Il ricorrente è quindi legittimato a ricorrere anche tenendo conto del fatto che le informazioni frutto di misure coercitive contenute nel precitato rapporto sono state acquisite nell'ambito dell'inchiesta penale svizzera dopo l'inoltro della rogatoria. Per quanto attiene invece alla trasmissione di rapporti/relazioni e verbali d'interrogatorio rife-

riti a terze persone, la legittimazione del ricorrente è da negare in quanto questi non è toccato personalmente e direttamente dalla misura di assistenza (v. supra 1.7.1).

- 1.7.4** Per quanto concerne la decisione del 6 aprile 2004, A. è legittimato a ricorrere contro la trasmissione dei rapporti intermedi della Polizia cantonale ticinese del 25 marzo 2003 e 16 gennaio 2004, dei rapporti intermedi della Polizia giudiziaria federale (in seguito: PGF) del 20 luglio 2003 e 19 gennaio 2004, nonché dei rapporti di analisi finanziaria della PGF del 16 maggio e 30 ottobre 2003, solo nella misura in cui i suddetti rapporti contengono informazioni frutto di misure coercitive ai sensi dell'art. 64 AIMP che lo concernono personalmente. La legittimazione a ricorrere è pure data per quanto attiene alle risultanze delle sorveglianze telefoniche riferite ad A. disposte dopo l'inoltro della richiesta di assistenza considerato che le stesse sono prodotte di misure coercitive ai sensi dell'art. 64 AIMP e che egli è il titolare delle utenze sorvegliate (cfr. sentenze del Tribunale federale 1A.105/2000 del 18 luglio 2000, consid. 5b; 1A.109/2000 del 18 luglio 2000, consid. 2d/aa; 1A.303/2000 del 5 marzo 2001, consid. 2b). Riguardo invece alle intercettazioni telefoniche relative ad altre persone, il gravame è inammissibile per carenza di legittimazione giusta l'art. 80h AIMP.
- 1.7.5** Per quanto attiene alla decisione del 7 aprile 2004, il ricorrente non è legittimato ad opporsi alla trasmissione delle informazioni riferite a terzi. In merito alla trasmissione della sentenza n. 72.97.00212 emessa il 12 dicembre 1997 dalla Corte delle Assise criminali di Lugano contro A. e H. e il rapporto di esecuzione del 14 marzo 1997 relativo all'elenco delle utenze registrate sul cellulare di A., la legittimazione del ricorrente appare dubbia nella misura in cui tali informazioni, pur concernendo il ricorrente, sono state acquisite esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale svizzero e non in seguito alla commissione rogatoria del 28 ottobre 2003. Tali informazioni sono da considerarsi entrate in possesso dell'autorità rogata a prescindere dalla rogatoria in quanto tale per cui non sono da considerarsi il prodotto di un provvedimento coercitivo ai sensi dell'art 64 AIMP. La questione può comunque rimanere aperta considerato che occorre in ogni caso entrare in materia sul ricorso sulla base delle considerazioni già espresse riguardo alle decisioni di chiusura del 6 aprile, 25 maggio, 17 giugno, 1° ottobre e 7 dicembre 2004 (v. supra consid. 1.7.1 a 1.7.4) e che, come si vedrà in seguito, il gravame deve essere respinto.
- 2.** In materia di assistenza con l'Italia, l'istituto delle indagini comuni è retto dall'articolo XXI dell'Accordo italo-svizzero. Tale articolo prevede che nell'ambito di fatti oggetto di procedimenti penali in ciascuno dei due Stati, le autorità giudiziarie interessate, eventualmente accompagnate da organi di polizia possono, previa informazione al Ministero di Giustizia italiano e

dell'Ufficio federale di Giustizia, operare congiuntamente in seno a gruppi d'indagine comune.

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

L'articolo XXI dell'Accordo, cronologicamente anteriore ai trattati internazionali anzi menzionati, non disciplina in modo esaustivo la sua applicazione (Direttive relative all'Accordo, UFG, 2003 pag. 23 [www.rhf.admin.ch]). In tal senso il riferimento ai testi internazionali più recenti può essere utile all'applicazione dell'articolo in questione. A norma dell'art. XXI dell'Accordo, le autorità giudiziarie dei due paesi, generalmente previa esplicita richiesta di assistenza di una delle parti, possono costituire un gruppo d'indagine comune qualora sono in corso procedimenti penali in ciascuno dei due Stati. L'attività del gruppo è inoltre preceduta da un accordo nel quale è precisato segnatamente lo scopo, la durata, i membri che lo compongono e la persona responsabile per gli atti d'inchiesta da effettuare sul territorio di ciascuno dei due Stati (v. ZIMMERMANN, op. cit., n. 436 pag. 406, per analogia art. 20 cpv. 1, cpv. 3 lett. a Secondo Protocollo). Agli atti d'inchiesta espletati dalla squadra si applica il diritto della parte nel cui territorio la stessa interviene (ZIMMERMANN, op. cit., pag. 406 n. 436, art. 20 cpv. 3 lett. b Secondo Protocollo). Dopo aver verificato la conformità della richiesta con i testi legali applicabili, l'autorità di esecuzione svizzera emette una decisione di entrata in materia e, successivamente una decisione di chiusura. Nulla impedisce l'autorità di esecuzione di pronunciarsi con un'unica decisione di chiusura qualora dispone di tutti gli elementi necessari (v. sentenza del Tribunale federale 1A.35/1996 del 12 marzo 1996 citata da ZIMMERMANN, op. cit., n. 310

pag. 291, nota n. 544 a piè di pagina). Nei casi in cui l'informazione prematura della conduzione dell'inchiesta è suscettibile di pregiudicarne l'esito, l'autorità d'esecuzione tratta in modo confidenziale la richiesta di assistenza conformemente agli art. 80b AIMP e V cpv. 6 dell'Accordo posticipando la notifica delle decisioni e l'accesso agli atti ad un secondo tempo quando la notifica agli aventi diritto non costituisce più un pericolo per l'inchiesta, generalmente alla fine della missione della squadra investigativa comune (ROBERT ZIMMERMANN, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale: un paradigme perdu?, PJA 1/2007, pag. 67 e segg.).

Nel corso delle indagini espletate in Svizzera dal gruppo d'inchiesta comune, i funzionari inquirenti italiani hanno completo accesso alle informazioni acquisite dal gruppo e al relativo incarto costituito dalle autorità svizzere e possono prendere appunti, ricevere copia dei rapporti di polizia, nonché delle analisi dei mezzi probatori assunti, qualora ciò non fosse il caso l'istituto dell'inchiesta comune si ridurrebbe ad una semplice presenza di funzionari stranieri all'esecuzione di una richiesta di assistenza retta dagli art. 65a AIMP e IX dell'Accordo (FRIDOLIN BEGLINGER, Rechtshilfeverfahren: Anwesenheit, spontane Übermittlung und Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, PJA 7/2007, pag. 917, v. ZIMMERMANN, op. cit., n. 437 pag. 408). La dottrina è divisa sulla questione a sapere se dei mezzi di prova segnatamente verbali o documentazione bancaria possono essere trasmessi prima della crescita in giudicato della decisione di chiusura (a favore ZIMMERMANN, PJA 1/2007, pag. 67 e 68, contra BEGLINGER, PJA 7/2007, pag. 925). La stessa dottrina è comunque unanime nel ritenere che le autorità svizzere devono ottenere la garanzia dall'autorità richiedente che le informazioni alle quali i membri esteri del gruppo d'inchiesta hanno avuto accesso sul suolo svizzero non saranno utilizzate come mezzi di prova prima che sia stata decisa definitivamente la concessione dell'assistenza.

Nella fattispecie, in virtù dell'art. XXI dell'Accordo italo-svizzero, il MPC e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese hanno costituito una squadra investigativa in data 20 febbraio 2004 (act. 1.17). L'accordo costitutivo della squadra comune (in seguito: accordo costitutivo), rileva che nei due paesi è in corso un'inchiesta penale a carico di un gruppo di persone fra le quali figurano indiziati comuni. L'accordo costitutivo determina gli obiettivi della squadra, designa i rispettivi direttori della squadra per i due paesi, regola le modalità della designazione dei membri della squadra, sancisce la durata della cooperazione nonché la possibilità di eventuali proroghe. Il punto 7.1 dell'accordo costitutivo riserva l'applicazione dell'ordinamento giuridico del paese in cui si svolge l'operazione e precisa che le informazioni e i mezzi di prova assunti nell'ambito del procedimento interno dei due Stati potranno essere trasmessi alle reciproche autorità penali delle parti nelle forme previ-

ste dalle norme sull'assistenza giudiziaria in materia penale, in particolare in ossequio all'art. IX cifra 3 dell'Accordo italo-svizzero, il quale prevede che i rappresentanti delle autorità dello Stato richiedente non possono utilizzare, per indagini o come mezzi di prova, le informazioni inerenti a una sfera protetta da segreto portate a loro conoscenza, prima che l'autorità competente abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza. Inoltre il punto 7.2 dell'accordo costitutivo sancisce che le informazioni e gli atti acquisiti nell'ambito della squadra comune potranno essere utilizzati nelle fasi successive alle indagini a condizione che nell'altro Paese non vi sia stata pronuncia giudiziaria di inutilizzabilità di detti elementi probatori. Dal punto di vista dello Stato richiesto, i punti 7.1 e 7.2 dell'accordo costitutivo, controfirmato dal Sostituto Procuratore della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese, valgono indubbiamente quali garanzie formali dello Stato richiedente atte ad evitare l'uso prematuro di mezzi di prova sino alla concessione finale dell'assistenza secondo i requisiti della legge svizzera nonché la loro inutilizzabilità in caso di decisione negativa sull'assistenza.

3. A giusto titolo, il ricorrente, non solleva gravami relativi all'ammissibilità dell'assistenza già trattati nell'ambito di precedenti richieste di assistenza, segnatamente la richiesta del 28 ottobre 2003 e il suo complemento del 2 ottobre 2004, già oggetto della sentenza del Tribunale federale 1A.177/2005 del 2 agosto 2006 emessa a seguito di un suo precedente ricorso (v. supra lett. B). L'autorità di cosa giudicata che si applica in modo restrittivo alle decisioni relative all'assistenza (DTF 121 II 93 consid. 3), permette all'autorità richiedente di riproporre richieste di assistenza o chiedere di completare precedenti domande mediante richieste complementari (sentenza del Tribunale federale 1A.39/2001 del 3 aprile 2001, consid. 2a). In virtù della giurisprudenza citata, le considerazioni relative all'ammissibilità dell'assistenza emesse nel corso di domande precedenti aventi lo stesso oggetto non possono più essere messe in discussione nell'ambito dell'esecuzione di richieste complementari.
4. Il ricorrente lamenta in primo luogo la violazione del suo diritto di partecipare al procedimento e di esaminare gli atti ai sensi dell'art. 80b AIMP. Invocando la violazione del diritto di essere sentito, egli si duole di non aver avuto conoscenza, prima del 1° ottobre 2008, delle misure richieste dalle autorità italiane e di non aver avuto, prima dell'emanazione da parte del MPC delle decisioni di chiusura, la possibilità di consultare gli atti e di pronunciarsi sulla procedura di assistenza.
- 4.1 Secondo la giurisprudenza, l'autorità di esecuzione, dopo aver concesso all'avente diritto la possibilità di addurre i motivi che si opporrebbero alla trasmissione di determinati atti e la facoltà di partecipare alla necessaria cernita, ha l'obbligo di motivare accuratamente la decisione di chiusura (DTF 130

Il 14 consid. 4.4 pag. 18). La cernita della documentazione non spetta quindi esclusivamente all'autorità di esecuzione. Essa non potrebbe infatti ordinare in modo acritico e indeterminato la trasmissione dei documenti, delegandone la selezione in maniera inammissibile agli inquirenti esteri (DTF 127 II 151 consid. 4c/aa pag. 155; 122 II 367 consid. 2c; 112 Ib 576 consid. 14a pag. 604). Questo compito spetta all'autorità svizzera d'esecuzione che, in assenza di un eventuale consenso dei ricorrenti all'esecuzione semplificata (art. 80c AIMP), prima di emanare una decisione di chiusura, deve impartire alle persone toccate giusta gli art. 80h lett. b AIMP e 9a OAIMP un termine per addurre riguardo a ogni singolo documento gli argomenti che secondo loro si opporrebbero alla consegna; questo affinché esse possano esercitare in maniera concreta ed effettiva il loro diritto di essere sentiti nel rispetto del principio della buona fede (v. art. 30 cpv. 1 PA; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.96 del 24 settembre 2007, consid. 2.1). La cernita deve aver luogo anche qualora l'interessato rinunci ad esprimersi (DTF 130 II 14 consid. 4.3 e 4.4; 126 II 258 consid. 9b/aa pag. 262; cfr. anche DTF 127 II 151 consid. 4c/aa; ZIMMERMANN, op. cit., n. 271, pag. 479-1, 479-2; PASCAL DE PREUX, L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre le blanchiment d'argent, in SJZ 104/2008 n. 2 pag. 34).

Il diritto di essere sentito, ancorato all'art. 29 cpv. 2 Cost., viene concretizzato nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale agli art. 29 e segg. PA richiamato l'art. 12 cpv. 1 AIMP (ZIMMERMANN, op. cit., n. 472 pag. 437). Esso è di natura formale (DTF 126 I 19 consid. 2d/bb pag. 24; 125 I 113 consid. 3; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, tesi Berna 2000, pag. 449 con rinvii). Il diritto di consultare gli atti fa parte del diritto di essere sentito e comprende il diritto di leggere gli atti presso la sede dell'autorità, di prendere degli appunti e di fare delle fotocopie purché in quest'ultimo caso tale attività non comporti per l'amministrazione un aggravio eccessivo (DTF 117 la 424 consid. 28b; 116 la 325). Non può invece essere concesso il diritto di portare con se l'intero incarto per consultazione (DTF 116 la 325 consid. 3d/aa). Una violazione del diritto di essere sentito da parte dell'autorità d'esecuzione non comporta comunque automaticamente l'accoglimento del gravame e l'annullamento della decisione impugnata. Secondo la giurisprudenza e la dottrina una violazione del diritto di essere sentito può essere sanata se la persona toccata ottiene la possibilità di esprimersi in merito davanti ad una autorità di ricorso, la quale, come nella fattispecie la II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, dispone del medesimo potere d'esame dell'autorità d'esecuzione stessa (v. DTF 124 II 132 consid. 2d; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.24 dell'8 maggio 2007, consid. 3.3; ZIMMERMANN, op. cit., n. 472 pag. 437; MICHELE ALBERTINI, op. cit., pag. 458 e segg.).

- 4.2 Nella fattispecie, il ricorrente non ha avuto l'occasione di esprimersi, prima dell'emanazione delle decisioni di entrata in materia e di chiusura impugnate, sugli atti che il MPC intendeva trasmettere all'autorità rogante. Certo ci si può chiedere con il ricorrente se l'autorità di esecuzione non avrebbe dovuto, *in primis* emettere una decisione di entrata in materia e notificarla al ricorrente una volta venuta meno l'esigenza di confidenzialità. In tal modo, conformemente alla giurisprudenza precitata (supra consid. 2.1), il ricorrente avrebbe potuto esercitare il suo diritto di essere sentito prima della notifica delle decisioni di chiusura. Tuttavia, il MPC avendo già acquisito la documentazione richiesta dall'autorità estera nell'ambito dell'inchiesta nazionale, disponeva ormai di tutti gli elementi probatori necessari all'esecuzione delle rogatorie in modo da permettergli di pronunciarsi con un'unica decisione di chiusura. Siffatto modo di procedere è conforme alla giurisprudenza (sentenze del Tribunale federale 1A.35/1999 del 12 marzo 1996, 1A.50/1993 del 6 maggio 1993, sentenze citate in ZIMMERMANN n. 310 pag. 291). In tal senso non si ravvisa una violazione delle regole della procedura da parte del MPC. Inoltre occorre rilevare che A. sia pure nel termine di ricorso, ha avuto accesso agli atti riferiti alle decisioni litigiose presso il MPC in data 15, 21 e 27 ottobre 2008 (act. 7.2, 7.15 e 7.16). Egli ha quindi potuto regolarmente esercitare il suo diritto di essere sentito accedendo agli atti in modo sufficiente per permettergli di valutare se impugnare le decisioni, ciò che ha effettivamente fatto esprimendosi con cognizione di causa nel suo ricorso del 3 novembre 2008. V'è inoltre da rilevare che il ricorrente ha avuto modo di consultare nuovamente l'integrità degli atti della procedura presso la scrivente autorità in data 6 febbraio 2009 (act. 16), e ha potuto nuovamente esprimersi in sede di replica e di triplica (scritti giunti al presente tribunale il 17 marzo rispettivamente 20 maggio 2009). Di conseguenza anche nell'ipotesi, non verificata nella fattispecie, in cui si volesse ammettere un'eventuale violazione del diritto da parte dell'autorità di esecuzione, disponendo la presente Corte di un pieno potere cognitivo in fatto e in diritto (v. TPF 2007 57) e avendo avuto il ricorrente la possibilità di consultare l'incarto nonché di esprimersi compiutamente sulla portata degli atti litigiosi, detta violazione sarebbe comunque stata sanata dalla presente procedura (v. DTF 124 II 132 consid. 2d; sentenza del Tribunale federale 1A.160/2003 consid. 2.2).
5. Il ricorrente invoca la violazione del diritto alla consultazione degli atti criticando il fatto che è stato negato al suo patrocinatore la possibilità di ricevere una copia dell'integralità dell'incarto. Così facendo l'autorità ha obbligato il suo legale a recarsi alla sede del MPC, a Lugano.

Nella fattispecie il patrocinatore del ricorrente aveva richiesto copia dell'insieme degli atti delle procedure rogatorie relativi alle decisioni che gli erano state notificate. A ragione questa richiesta gli è stata negata in quanto fa par-

te del diritto di essere sentito unicamente la pretesa di allestire - utilizzando un apparecchio dell'amministrazione e pagando una tassa di cancelleria - copie di atti, nella misura in cui tale attività non generi un inconveniente eccessivo per l'amministrazione (DTF 117 la 424 consid. 28b). Ciò non implica evidentemente il diritto per l'interessato di ricevere copia dell'intero incarto tanto meno quando, come nella fattispecie, l'incarto è particolarmente voluminoso.

6. Il ricorrente critica la lacunosità della procedura di notificazione delle decisioni impugnate ed in particolare l'erronea indicazione degli allegati e la mancata intimazione degli stessi (segnatamente la domanda di assistenza giudiziaria del 28 ottobre 2003 nonché i relativi complementi del 5 aprile e 8 maggio 2004).
- 6.1 In merito al "complemento del 5 aprile 2003", designato con la dicitura "doc. C" tra gli allegati menzionati in calce alla decisione di entrata in materia e di chiusura del 6 aprile 2004 trattasi, come precisato dal MPC (act. 7), di un documento inesistente in quanto scaturito da un lapsus calami intervenuto nell'indicazione della data (*recte* 5 aprile 2004). L'errore è stato corretto nel corso della procedura senza pregiudizio per il ricorrente.
- 6.2 Per quanto attiene invece alla mancata trasmissione della lista degli interrogatori condotti dalla Procura di Zurigo nell'ambito dell'inchiesta denominata "I." è da rilevare che nella stessa non figura il nominativo del ricorrente. Egli non può pertanto avere accesso a tale atto in quanto non può essere considerato persona toccata personalmente visto che il procedimento in questione non è diretto contro di lui.
7. Il ricorrente si prevale della violazione del principio della proporzionalità per avere il MPC ordinato la trasmissione all'autorità estera della sentenza della Corte delle Assisi Criminali di Lugano n. "2" del 12 dicembre 1997, del rapporto di esecuzione del 14 marzo 1997 relativo all'elenco delle utenze registrate sul suo cellulare nonché di rapporti allestiti dalla polizia giudiziaria riguardanti la sua persona. Nella stessa censura, l'insorgente critica pure la trasmissione allo Stato rogante dei CD "Trascrizioni CT attivi A." (v. allegati atti MPC, classificatore n. 16) in quanto a suo parere questi atti riprodurrebbero pure il contenuto di conversazioni telefoniche che egli avrebbe avuto con il suo patrocinatore. A mente del ricorrente sussiste pertanto una violazione del segreto professionale dell'avvocato.
- 7.1 La questione di sapere se le informazioni richieste nell'ambito di una domanda di assistenza siano necessarie o utili per il procedimento estero deve essere lasciata, di massima, all'apprezzamento delle autorità richiedenti. Lo

Stato richiesto non dispone infatti dei mezzi per pronunciarsi sull'opportunità di assumere determinate prove e non può sostituirsi in questo compito all'autorità estera che conduce le indagini (DTF 132 II 81 consid. 2.1 e rinvii). La richiesta di assunzione di prove può essere rifiutata solo se il principio della proporzionalità, nella limitata misura in cui può essere applicato in procedure rette della CEAG (DTF 121 II 241 consid. 3c; 113 Ib 157 consid. 5a; 112 Ib 576 consid. 13d; ZIMMERMANN, op. cit., n. 718 pag. 669), sia manifestamente disatteso (DTF 120 Ib 251 consid. 5c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.18 del 21 maggio 2007, consid. 6.3, non pubblicato in TPF 2007 57) o se la domanda appaia abusiva, le informazioni richieste essendo del tutto inidonee a far progredire le indagini (DTF 122 II 134 consid. 7b; 121 II 241 consid. 3a). In base alla giurisprudenza l'esame va quindi limitato alla cosiddetta utilità potenziale, secondo cui la consegna giusta l'art. 74 AIMP è esclusa soltanto per quei mezzi di prova certamente privi di rilevanza per il procedimento penale all'estero (DTF 126 II 258 consid. 9c; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b).

- 7.2** In materia di assistenza giudiziaria internazionale, la protezione della sfera segreta deriva dal principio della proporzionalità (CAROLINE GSTÖHL, *Geheimnisschutz im Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, tesi, Berna 2008, pag. 108). Nell'esecuzione della domanda, la protezione della sfera segreta è retta dalle disposizioni sul diritto di non deporre (art. 9 AIMP). La cerchia delle persone che beneficiano di questo diritto è delimitata dall'art. 16 della legge federale sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021), il quale rinvia per il tramite dell'art. 42 cpv. 1 e 3 della legge di procedura civile federale (LPC; RS 273) in primo luogo all'art. 321 cpv. 1 CP (art. 42 cpv. 1 lett. b LPC; ZIMMERMANN, op. cit., n. 395 pag. 361). Quest'ultima disposizione elenca in modo esaustivo i professionisti che beneficiano del diritto di non deporre ossia gli ecclesiastici, gli avvocati, i difensori, i notai, i revisori tenuti al segreto professionale in virtù del Codice delle obbligazioni, i medici, i dentisti, i farmacisti, le levatrici, come pure i loro ausiliari (BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Berna 2002, vol. II, n. 10 ad art. 321 CP; dello stesso autore, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CO*, in SJ 1993 pag. 77 e segg., in particolare pag. 81; GSTÖHL, op. cit., pag. 41). L'art. 42 cpv. 2 LPC permette inoltre al giudice di dispensare il testimone della rivelazione di altri segreti professionali, come pure di un segreto d'affari quando, anche tenuto conto delle misure precauzionali dell'art. 38 LPC, l'interesse del testimone a mantenere il segreto supera l'interesse della parte a rivelarlo.
- 7.3** Nella fattispecie, A. non fa parte della cerchia delle persone che possono prevalersi di un'eventuale violazione del segreto professionale. La legittimazione a ricorrere compete soltanto al suo patrocinatore, l'avv. Ernesto Ferro, in qualità di "detentore del segreto" (v. GSTÖHL, op. cit., pag. 20). Dal canto

suo, il ricorrente, indagato nell'inchiesta italiana, non può invocare a suo favore il segreto professionale di un terzo (sentenza del Tribunale federale A.187/1984 del 7 novembre 1984, consid. 5a citata da ZIMMERMANN, op. cit., n. 395 pag. 362, nota n. 1187 a piè di pagina). Giova inoltre rilevare che diverse sorveglianze telefoniche hanno permesso di evidenziare contatti tra A. e i suoi coimputati di modo che risulta accertato il nesso tra questi mezzi di prova e l'inchiesta condotta dallo Stato rogante nei confronti di quest'ultimo. Tali informazioni sono inoltre senz'altro pertinenti per consentire all'autorità rogante di stabilire i rapporti tra i diversi coimputati e valutare la posizione ed il ruolo del ricorrente in seno alla (presunta) organizzazione criminale in esame (v. sentenza del Tribunale federale 1A.133/1990 del 21 agosto 1990 citata da ZIMMERMANN, op. cit., n. 722 pag. 673 e segg., nota n. 1218 a piè di pagina 676).

- 7.4** Per quanto concerne la critica riferita alla trasmissione allo Stato rogante della sentenza emessa il 12 dicembre 1997 dalla Corte delle Assise criminali di Lugano contro A. e H., è d'uopo rilevare che anche se il ricorrente è già stato condannato in Svizzera per i fatti di cui alla predetta sentenza e che il principio *ne bis in idem* fa ostacolo ad un proseguimento in Italia per le medesime condotte penalmente rilevanti, risulta da detta decisione ch'egli avrebbe agito anche con altre persone tra le quali la "*banda dei suoi amici italiani*", individui operanti segnatamente in Italia e con i quali avrebbe avuto "*costanti contatti*". Tale informazione è senz'altro d'interesse per l'autorità rogante onde determinare eventuali complicità di persone facendo parte della suddetta banda nella perpetrazione di fatti oggetto dell'inchiesta italiana condotta nei confronti del ricorrente. Riguardo invece agli altri documenti elencati a pagina 13 del ricorso (act. 1), ossia i rapporti informativi su A. ed altri allestiti dalla polizia cantonale zurighese il 23 aprile 1996 e 25 gennaio 2000, si può constatare che contrariamente all'assunto ricorsuale, non si evince dagli atti che tali relazioni siano state trasmesse all'autorità estera mediante la decisione di chiusura del 7 aprile 2004, la quale peraltro nemmeno le menziona (v. act. 1B).

Costatata la sufficiente relazione tra le misure di assistenza richieste e l'oggetto del procedimento penale estero (DTF 129 II 462 consid. 5.3; 125 II 65 consid. 6b/aa; 122 II 367 consid. 2c), spetterà al giudice estero del merito valutare se sussiste un'effettiva connessione tra i fatti perseguiti all'estero e la documentazione trasmessa. Riassumendo, la decisione impugnata non viola dunque il principio della proporzionalità.

- 8.** Il ricorrente lamenta la violazione del principio della specialità. Egli afferma in particolare che la fattispecie penale evocata nelle richieste rogatorie della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese differirebbe dalle accuse contenute nella richiesta di rinvio a giudizio della Procura della Repub-

blica presso il Tribunale di Milano, e che pertanto la richiesta violerebbe il principio della specialità.

- 8.1** L'art. 67 AIMP nei rapporti con l'Italia anche concretizzato all'art. IV cpv. 1 dell'Accordo italo-svizzero consacra espressamente il principio delle specialità nell'ambito della "piccola assistenza". Secondo questa disposizione, 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. Giusta gli art. 3 cpv. 3 AIMP e IV cpv. 2 dell'Accordo italo-svizzero, la domanda è irricevibile se il procedimento verte su un reato che sembra volto a una decurtazione di tributi fiscali o viola una disposizione in materia di provvedimenti di politica monetaria, commerciale o economica. Ai sensi dell'art. 34 cpv. 1 lett. a OAIMP se l'autorità estera richiedente non ha dato alcuna assicurazione, l'autorità svizzera competente l'avverte che l'informazione non può essere usata in procedimenti per i quali l'assistenza è inammissibile. Il rispetto del principio della specialità da parte di Stati che, come nel caso di specie, sono legati alla Svizzera da un trattato sull'assistenza giudiziaria viene presupposto. In tale caso, lo Stato rogato deve rendere lo Stato rogante attento al rispetto del principio della specialità, ma non è costretto a chiedergli alcuna assicurazione preliminare in merito (sentenza del Tribunale federale 1A.76/2000 del 17 aprile 2000, consid. 3c; LAURENT MOREILLON [Edit.], *Entraide internationale en matière pénale*, Basilea 2004, n° 575 p. 116).
- 8.2** Nella fattispecie, le decisioni impugnate ordinano la trasmissione dei documenti oggetto della domanda di assistenza e dei relativi complementi, a condizione che venga rispettato il principio della specialità. Tale modo di procedere non presta il fianco a critica. Essendo Italia e Svizzera legati da un trattato sull'assistenza giudiziaria (v. supra consid. 1.2; v. pure art. IV del trattato relativo al principio della specialità), il rispetto del principio della specialità viene presupposto in favore dello Stato rogante, senza che le autorità svizzere debbano richiedere alcuna assicurazione preliminare. Inoltre, contrariamente all'assunto del ricorrente, è pure autorizzato l'utilizzo di mezzi di prova assunti in Svizzera per il perseguimento di altre infrazioni oltre a quelle indicate nella domanda di assistenza, nella misura in cui l'assistenza giudiziaria sarebbe ammissibile anche per queste infrazioni (art. 67 cpv. 2 lett. a AIMP). A tale proposito è d'uopo rilevare che le indagini inizialmente condotte nello Stato rogante dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese sono state successivamente delegate alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano. Si osserva che tale delega interna non ha sostanzialmente mutato l'oggetto del procedimento, il quale si riferisce all'attività criminale messa in atto da persone che si presume abbiano partecipato e/o quantomeno sostenuto un'organizzazione criminale di stampo n'dranghetistico attiva sia in territorio elvetico che in quello italiano. Occorre da ultimo rilevare

che l'art. IV cpv. 3 dell'Accordo italo-svizzero obbliga lo Stato richiedente ad ottenere l'autorizzazione dello Stato richiesto solo nella misura in cui intende trasmettere le informazioni ottenute attraverso l'assistenza ad uno Stato terzo. Una tale autorizzazione non è richiesta qualora lo Stato richiedente intende trasmettere le informazioni ad un'altra autorità penale nazionale. Il gravame risulta pertanto inammissibile su questo punto.

9. Il ricorrente critica l'uso intempestivo da parte dell'autorità richiedente di mezzi di prova. A mente del ricorrente la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano avrebbe richiesto il 18 novembre 2008 il suo rinvio a giudizio fondandosi anche su informazioni e mezzi di prova ai quali l'autorità rogante avrebbe avuto accesso nell'ambito della squadra comune d'inchiesta. In tal senso egli si prevale di una violazione da parte dell'autorità richiedente delle garanzie fornite di non utilizzare, per indagini o come mezzi di prova, le informazioni prima che l'autorità rogata abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza. Nella sua replica (act. 20) egli fa segnatamente riferimento ad atti acquisiti dalla Svizzera in data 23 aprile 2004 in risposta alla commissione rogatoria del 28 ottobre 2003 e successivo complemento del 5 aprile 2004 e rileva che la richiesta di rinvio a giudizio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano del 18 novembre 2008 che produce in copia (act. 20.4), fa esplicito riferimento al rapporto preliminare di polizia giudiziaria del 2 dicembre 2005 nonché al rapporto finale del 4 novembre 2005 redatto dal centro di competenze economico-finanziario e relativi allegati. Il ricorrente rileva inoltre l'utilizzo prematuro da parte delle autorità italiane di altre informazioni e mezzi di prova tra i quali i suoi verbali d'interrogatorio effettuati in Svizzera il 21 ottobre, 4, 9, 17, 18 e 19 novembre 2004, verbali citati alla pagina 16 della richiesta di rinvio a giudizio precitata (act. 20.4).

9.1 In effetti la richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 e 417 del Codice di procedura penale italiano) elenca i mezzi di prova criticati. Tuttavia è sfuggito al ricorrente, come si legge nella richiesta di rinvio a giudizio, che i predetti mezzi di prova sono stati trasmessi alle autorità italiane dal Giudice istruttore federale nell'ambito della delega del procedimento penale a carico di K. inoltrata dalle autorità svizzere alle autorità italiane in data 27 ottobre 2006 (v. act. 20.2 pag. 20). Frutto di una regolare richiesta di assunzione del procedimento penale inoltrata dalla Svizzera all'Italia in applicazione degli art. 88 e segg. dell'AIMP nonché dell'art. XXVI dell'Accordo italo-svizzero, nulla impediva alle autorità delegate di utilizzare i mezzi di prova che solitamente vengono trasmessi a corredo di una richiesta di delega formulata dalla Svizzera (art. 90 AIMP). V'è inoltre da rilevare che i mezzi di prova elencati alla pagina 20 della richiesta di rinvio a giudizio non concernono il ricorrente non oggetto della delega del perseguimento. In tal senso non si può nemmeno rimproverare all'autorità svizzera di aver violato le regole dell'assistenza trasmettendo

informazioni o mezzi di prova riguardanti A. utilizzando lo strumento della delega allorché una richiesta di assistenza italiana era già pendente.

- 9.2** Più problematica è la questione dell'utilizzo delle informazioni e dei mezzi di prova acquisiti durante l'attività del gruppo d'inchiesta comune riguardanti il ricorrente da parte delle autorità italiane nella richiesta di rinvio a giudizio del 18 novembre 2008. L'esplicito riferimento a informazioni e a mezzi di prova, tra i quali i verbali d'interrogatorio del ricorrente acquisiti in Svizzera il 21 ottobre, il 4, 9, 17, 18 e 19 novembre 2004 contenenti informazioni inerenti alla sfera protetta da segreto, costituiscono un uso prematuro dei mezzi di prova acquisiti in Svizzera nell'ambito dell'inchiesta italiana. Anche se la richiesta di rinvio a giudizio non si basa esclusivamente sulle informazioni svizzere oggetto del presente ricorso e che, quindi, con ogni verosimiglianza, il magistrato richiedente avrebbe comunque potuto giungere al convincimento del rinvio a giudizio del ricorrente, fatto sta che l'autorità italiana, utilizzando prematuramente le prove acquisite in Svizzera a fini procedurali, è venuta meno alle garanzie formulate nell'atto costitutivo della squadra comune (v. supra consid. 2). Quanto precede pur essendo inquietante non è tuttavia decisivo ai fini della presente procedura. In effetti la Corte ha potuto constatare che nella fattispecie non sussistono ragioni per negare l'assistenza e che la trasmissione dell'insieme delle informazioni oggetto delle decisioni impugnate non appare *a priori* esclusa. Non sussistono quindi motivi per chiedere all'autorità richiedente la restituzione delle informazioni. Ciononostante questa Corte invita l'Ufficio federale di giustizia, nelle sue vesti di autorità di vigilanza (art. 3 OAIMP) nonché conformemente all'art. XXX dell'Accordo italo-svizzero, a discutere della problematica con le autorità italiane onde evitare il ripetersi di simili evenienze.
- 10.** Infine il ricorrente fa valere che informazione attinenti alla sua sfera segreta sono apparse nei media nazionali: ciò configurerebbe una violazione del principio di un equo processo sancito dall'art. 6 CEDU e una grave deficienza secondo l'art. 2 lett. d AIMP, comportanti l'inammissibilità della domanda estera.
- 10.1** L'art. 2 AIMP ha quale scopo di evitare che la Svizzera presti assistenza a procedure che non garantirebbero alla persona perseguita uno standard di protezione minimo corrispondente a quello concesso dal diritto degli Stati democratici, definito in particolare dalla CEDU e dal Patto ONU II, o che sarebbero in contrasto con norme riconosciute come appartenenti all'ordine pubblico internazionale (DTF 123 II 161 consid. 6a; 122 II 140 consid. 5a). L'art. 2 lett. d è sussidiario rispetto alle lettere a, b e c (ZIMMERMANN, op. cit. n. 691 p. 643) La giurisprudenza definisce la nozione di "gravi deficienze" per ogni singolo caso (MOREILLON, op. cit., n. 51 ad art. 2 AIMP).

- 10.2** Nella fattispecie, ritenuta la necessità di trasmettere i documenti litigiosi, le asserite spiacevoli conseguenze sul piano personale del ricorrente per un'eventuale eco del procedimento estero sui mass media non costituisce una grave deficienza ai sensi dell'art. 2 lett. d AIMP (DTF 115 Ib 69 consid. 6; 110 Ib 173 consid. 6b; sentenza del Tribunale federale 1A.62/2006 del 27 giugno 2006, consid. 5.6; 1A.286/2005 del 14 novembre 2005, consid. 2.2.2 e 2.3; 1A.212/2001 del 21 marzo 2002, consid. 5; ZIMMERMANN, op. cit., n. 692 pag. 643) e non può comportare il rifiuto dell'assistenza. La censura è pertanto priva di fondamento.
- 11.** Il ricorrente postula la concessione dell'assistenza giudiziaria gratuita e chiede che il suo patrocinatore avv. Ernesto Ferro venga riconosciuto quale difensore d'ufficio nella presente causa. Il ricorrente chiede inoltre che gli venga riconosciuta un'indennità per ripetibili (art. 30 lett. b LTPF in relazione con art. 64 cpv. 1 PA).
- 11.1** Se una parte non dispone dei mezzi necessari e le sue conclusioni non sembrano prive di probabilità di successo, la II Corte dei reclami penali la dispensa, a domanda, dopo il deposito del ricorso, dal pagamento delle spese processuali (art. 30 lett. b LTPF in relazione con art. 65 cpv. 1 PA). Se è necessario per tutelare i diritti di tale parte, essa le designa inoltre un avvocato (art. 65 cpv. 1 PA).
- 11.2** Una parte è da considerarsi indigente allorché, per pagare le spese processuali e le ripetibili, è costretta ad intaccare i mezzi necessari per coprire i bisogni fondamentali personali e della propria famiglia (DTF 127 I 202 consid. 3b; 125 IV 161 consid. 4a; 124 I 1 consid. 2a; cfr. ugualmente DTF 128 I 225 consid. 2.5.1; 127 I 202 consid. 3b). L'analisi dell'esistenza dell'indigenza deve tener conto di tutta la situazione finanziaria dell'istante al momento dell'inoltro della richiesta di assistenza giudiziaria. Ciò comprende, da una parte, tutti gli obblighi finanziari e, d'altra parte, i redditi e la fortuna (DTF 124 I 1 consid. 2a; 120 la 179 consid. 3a, con i rinvii). Per la definizione di quanto è necessario per coprire i bisogni fondamentali l'autorità chiamata a giudicare non si basa in maniera schematica sul minimo esistenziale prestabilito dalla legislazione sull'esecuzione e sul fallimento, ma deve prendere in considerazione le circostanze personali del richiedente. Un'eventuale eccedenza risultante dal confronto tra il reddito a disposizione e l'importo necessario a soddisfare i bisogni fondamentali deve poter essere utilizzata per affrontare le spese giudiziarie e ripetibili previste in un caso concreto (DTF 118 la 369 consid. 4a); in questo caso, l'eccedenza mensile deve permettere di estinguere il debito legato alle spese giudiziarie; per i casi più semplici nel lasso di tempo di un anno e per gli altri entro due anni (v. in proposito la sentenza del Tribunale federale 5P.457/2003 del 19 gennaio 2004, consid. 1.2).

- 11.3** L'obbligo dello Stato di fornire assistenza giudiziaria è sussidiario rispetto al dovere di assistenza derivante dal diritto di famiglia, in particolare dal diritto matrimoniale (art. 159 cpv. 3 e 163 cpv. 1 CC; ALFRED BÜHLER, *Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum*, in: AJP 2002 pag. 644 e segg., in particolare pag. 658; v. ugualmente DTF 85 I 1 consid. 3 così come per le procedure penali DTF 127 I 202 consid. 3b): ciò vale anche nell'ambito delle procedure di ricorso davanti alla II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale. Per il giudizio dell'esistenza o meno dell'indigenza vanno quindi presi in considerazione i redditi e la fortuna di entrambi i coniugi (v. sentenze Tribunale penale federale RR.2007.117 del 19 settembre 2007, consid. 1.2; BH.2006.6 del 18 aprile 2006, consid. 6.1; BV.2005.16 del 7 giugno 2005, consid. 2.1; BH.2005.28 del 14 ottobre 2005, consid. 6.1).
- 11.4** Di principio, spetta al richiedente presentare e provare, nella misura del possibile, i suoi redditi e la sua fortuna. Più la situazione finanziaria è complessa, tanto più elevate risultano essere le esigenze di chiarezza e completezza della richiesta. I bisogni fondamentali attuali dell'istante devono poter essere determinati sulla base delle pezze giustificative inoltrate. Quest'ultime devono inoltre fornire un'immagine chiara di tutti gli obblighi finanziari del richiedente così come dei suoi redditi e della sua fortuna. Se il richiedente non riesce a presentare in maniera chiara e completa la sua situazione finanziaria, ossia i giustificativi inoltrati e i dati comunicati non riescono a dare un'immagine coerente e esente da contraddizioni della medesima, la richiesta può essere respinta a causa di una motivazione insufficiente o per indigenza non dimostrata (v. ALFRED BÜHLER, *Die Prozessarmut*, in: SCHÖBI [ed.], *Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung*, Berna 2001, pag. 189 e seg.; DTF 125 IV 161 consid. 4a)
- 11.5** Nella fattispecie, il formulario che il richiedente deve compilare prevede in maniera chiara ed inequivocabile che tutte le indicazioni concernenti la sua situazione finanziaria devono essere provate. Devono essere allegati alla domanda tutti quei documenti ufficiali che possono essere d'utilità all'autorità giudicante; fra quelli più importanti figurano certamente la dichiarazione d'imposta e l'ultima decisione di tassazione emanata dal Comune di domicilio. I redditi devono essere giustificati da un'attestazione di salario, da una contabilità o da un altro documento equivalente (ad es. un estratto conto). L'esistenza delle spese invocate va dimostrata (ad es. mediante contratto, attestazioni, fatture, ricevute, ecc.). Il saldo di tutti i conti deve essere documentato. Importante infine rilevare che il formulario rende esplicitamente attenti (evidenziato in grassetto) sul fatto che una domanda allestita in modo incompleto o mancante dei necessari documenti giustificativi potrà senz'altro essere respinta.

Ebbene, nonostante quanto sopra, il richiedente non ha inoltrato il benché minimo documento a sostegno dei dati riportati nel formulario. La presente autorità si trova pertanto totalmente impossibilitata ad accertare la situazione finanziaria del medesimo. Di difficile comprensione risulta inoltre il fatto che sotto la rubrica "spese fisse mensili" del formulario, il richiedente abbia indicato che vive in economia domestica comune ma che non abbia compilato la rubriche del formulario che concernono il "coniuge/partner". Nel atto ricorsoale, A. indica che la sua convivente percepisce un salario ma che a causa delle numerose spese che deve sostenere, la sua situazione finanziaria è precaria. Egli non precisa tuttavia né l'importo del reddito mensile di quest'ultima né a quanto ammontano le sue spese. In mancanza di questi dati, vi è da ritenere che il formulario sia stato compilato in modo incompleto. Inoltre il richiedente fa valere nel suo ricorso che non beneficia di nessun introito in quanto si trova in detenzione preventiva in Italia dall'inizio del 2008, e che non ha neppure nessun risparmio. Mal si comprende pertanto come possa far fronte al suo obbligo di mantenimento nei confronti dei suoi tre figli minorenni (Fr. 250.-- mensili), al pagamento dei suoi premi di cassa malati (Fr. 500.-- mensili) nonché della sua pigione (Fr. 2'000.-- mensili). Infine occorre rilevare che come precisato dal MPC nelle proprie osservazioni, il richiedente non ha mai inoltrato la documentazione riferita al periodo successivo alla sua scarcerazione, ossia dal settembre 2006 sino all'inizio del 2008, periodo, quest'ultimo, a partire dal quale è iniziato un altro periodo di detenzione preventiva in Italia. A tale proposito si precisa che con decisione del 20 gennaio 2009 il ricorrente è stato di nuovo scarcerato e lo stesso non ha fornito nessuna indicazione circa i suoi mezzi di sussistenza durante questi ultimi dodici mesi.

- 11.6** Visto quanto precede, lo stato d'indigenza risulta indimostrato, per cui la domanda d'assistenza va respinta senza che si renda necessario esaminare la sussistenza del secondo requisito cumulativo delle possibilità di esito favorevole. Essa è da respingere sia per ciò che concerne la dispensa dal pagamento delle spese processuali, sia per quanto riguarda l'assunzione dell'onorario del suo patrocinatore.
- 12.** Discende da quanto precede che il ricorso deve essere respinto nella misura della sua ammissibilità. Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 PA richiamato l'art. 30 lett. b LTPF). La competenza del Tribunale penale federale di disciplinare i dettagli relativi alla determinazione delle tasse di giustizia si fonda sull'art. 15 cpv. 1 lett. a LTPF e sulla relativa giurisprudenza (v. sentenze del Tribunale penale federale RR.2007.17 del 30 aprile 2007, consid. 2; RR.2007.6 del 22 febbraio 2007, consid. 5; RR.2007.31 del 21 marzo 2007, consid. 4). La tassa di giustizia è calcolata conformemente all'art. 3 del Regolamento sulle tasse di giustizia del Tribunale penale federale (RS 173.711.32) ed è fissata nella fattispecie a Fr. 5'000.--.

Per questi motivi, la II Corte dei reclami penali pronuncia:

1. Il ricorso è respinto nella misura della sua ammissibilità.
2. La domanda di assistenza giudiziaria gratuita è respinta.
3. La tassa di giustizia di Fr. 5'000.-- è posta a carico del ricorrente.

Bellinzona, il 1° marzo 2010

In nome della II Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

La Presidente:

La Cancelliera:

Comunicazione a:

- Avv. Ernesto Ferro,
- Ministero pubblico della Confederazione,
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria

Informazione sui rimedi giuridici

Il ricorso contro una decisione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 10 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 e 2 lett. b LTF). Il ricorso è ammissibile soltanto se concerne un'estradizione, un sequestro, la consegna di oggetti o beni oppure la comunicazione di informazioni inerenti alla sfera segreta e se si tratti di un caso particolarmente importante (art. 84 cpv. 1 LTF). 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 (art. 84 cpv. 2 LTF).