[AZA 0/2]

1A.69/2001

I CORTE DI DIRITTO PUBBLICO
****

3 maggio 2001

Composizione della Corte: giudici federali Aemisegger, presidente
della Corte e vicepresidente del Tribunale federale, Catenazzi e Pont Veuthey, supplente.
Cancelliere: Crameri.

_____

Visto il ricorso di diritto amministrativo del 23 aprile 2001 presentato dalla X._____ Co. Inc. , Panama, e da F._____, Roma (I), patrocinati dall'avv. dott. Franco Gianoni, Bellinzona, contro la decisione e lo scritto emanati il 9 aprile 2001 dal Ministero pubblico della Confederazione nell'ambito di una procedura di assistenza giudiziaria in materia penale avviata su domanda della Repubblica italiana (audizione di testi alla presenza di persone che partecipano al procedimento estero);
Ritenuto in fatto :

A.- Il Tribunale di Milano, IV Sezione Penale, ha inoltrato il 13 marzo 2001 una richiesta di assistenza giudiziaria (complementare) nell'ambito di un procedimento penale a carico di A._____, B._____, C._____, D._____, E._____, F._____ e G._____ per il reato di corruzione in atti giudiziari (art. 319ter CP italiano).

Con ordinanza di entrata in materia del 9 aprile 2001 il Ministero pubblico della Confederazione (MPC), cui l'Ufficio federale di giustizia ha delegato l'esecuzione della rogatoria, ha accolto la domanda. Esso ha quindi ordinato, come chiesto dal Pubblico ministero e dai difensori degli imputati, l'audizione testimoniale di H._____, I._____, L._____, M._____, N._____ e O._____. Il MPC ha autorizzato la presenza dell'Autorità estera, ossia di tutto il Collegio giudicante, dei difensori degli imputati e del Pubblico ministero, e ha ammesso la registrazione fonica degli interrogatori.

Mediante scritto del 9 aprile 2001 il MPC ha invitato il Tribunale di Milano a voler provvedere ai necessari supporti tecnici per effettuare le registrazioni foniche delle audizioni, fissate per il 19 aprile 2001.

B.- Avverso la decisione e lo scritto del 9 aprile 2001 la X._____ Co. Inc. e F._____ hanno inoltrato, il 23 aprile 2001, un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. Chiedono, concesso al gravame effetto sospensivo, di accertare l'incompetenza del MPC, subordinatamente del funzionario incaricato di effettuare le audizioni, e di constatare che i magistrati esteri non possono porre direttamente domande ai testi. Postulano inoltre di annullare, parzialmente, la registrazione effettuata durante l'udienza del 19 aprile 2001. Secondo i ricorrenti, durante gli interrogatori, ove le domande sarebbero state poste direttamente da parte dei magistrati esteri, un legale avrebbe criticato tale modo di procedere e sollevato le citate censure di incompetenza.

Non sono state chieste osservazioni al gravame.

Considerando in diritto :

1.- I ricorrenti sostengono che, qualora i magistrati esteri dovessero porre direttamente le domande ai testi, come concesso dal MPC e come si intenderebbe fare con i testi ancora da escutere, tale vizio - come quello dell'asserita incompetenza del MPC - non potrebbe essere sanato da un eventuale accoglimento del ricorso contro la decisione finale: ne concludono che si sarebbe in presenza di un pregiudizio immediato e irreparabile,

per cui la contestata decisione incidentale, anteriore a quella finale, sarebbe impugnabile, entro il termine di dieci giorni dalla sua comunicazione (art. 80k AIMP), separatamente (art. 80g cpv. 2 in relazione con l'art. 80e lett. b AIMP).

a) Nella sentenza del 29 settembre 1997 resa nei confronti del ricorrente il Tribunale federale ha rilevato che la presenza di persone partecipanti al processo all' estero non comporta in ogni caso un siffatto pregiudizio:
questo si verifica solo, conformemente all'art. 65a cpv. 3 AIMP, quando persone che partecipano al procedimento penale estero hanno accesso a fatti inerenti alla sfera segreta prima che l'autorità competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza (consid. 2a; vedi l'analoga sentenza di stessa data apparsa in Rep 1997 107; FF 1995 III 31). In quella sentenza è stato ribadito che i ricorrenti devono rendere per lo meno verosimile la sussistenza del pregiudizio: la circostanza che le domande potranno essere poste direttamente dai magistrati esteri può causarlo, qualora non vengano adottate misure atte a impedire un'utilizzazione prematura delle informazioni nel procedimento penale estero (sentenza inedita del 15 gennaio 1998 nei confronti dei ricorrenti, consid. 2, e quella analoga in re T. apparsa in Rep 1998 161 e in Pra 1998 159 846). Al riguardo non è determinante l'accordo del teste, visto che questo fatto non induce manifestamente a scostarsi dalla costante prassi secondo cui la presenza di inquirenti o magistrati esteri deve mantenere il carattere di passività che le è proprio. Certo, nella fattispecie in parte le audizioni sono già avvenute e, pertanto, su questo punto il ricorso potrebbe essere divenuto
privo d'oggetto (cfr. FF 1995 III 31): ritenuto tuttavia che il MPC aveva fissato gli interrogatori prima della scadenza del termine di ricorso e che gli stessi, sospesi, verranno ripresi, si giustifica, per ragioni di economia processuale, di ricordare la prassi vigente in materia.

aa) Già nella sentenza del 16 gennaio 1997, che confermava l'ammissibilità delle originarie rogatorie in queste vertenze, il Tribunale federale, ammessa la presenza di inquirenti italiani, ha ribadito che tale presenza doveva essere passiva; ha rilevato poi che gli atti di esecuzione devono essere svolti dal magistrato svizzero, il quale deve vegliare affinché non venga vanificato il diritto di decidere, alla chiusura del procedimento, se e quali informazioni dovranno per finire essere trasmesse allo Stato richiedente, provvedendo semmai, in presenza di un simile rischio, all'esclusione momentanea dei magistrati esteri (consid. 12d/ee; DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562, 117 Ib 51 consid. 5a, 113 Ib 157 consid. 7c pag. 169, 106 Ib 260 consid. 2).
Nella sentenza del 15 gennaio 1998 il Tribunale federale aveva accolto una censura degli odierni ricorrenti poiché il MPC aveva autorizzato le Autorità estere a porre direttamente domande al teste (consid. 2a e b); aveva infatti rilevato che il nuovo art. 26 OAIMP, secondo cui l' Autorità esecutiva decide circa il diritto dei partecipanti al processo estero di porre domande e di proporre determinati atti istruttori (cpv. 2), non induce a scostarsi dalla citata, costante giurisprudenza (consid. 2b); né ciò s'impone sulla base di semplici motivi di ordine pratico, causati dalla presenza di numerose persone alle audizioni. In effetti, anche il previgente art. 26 OAIMP prevedeva una siffatta regolamentazione, disponendo che l'autorità esecutiva decideva circa il diritto degli stranieri presenti in qualità di partecipanti al processo di porre domande e di proporre determinati atti istruttori suppletivi (cpv. 2).
L'art. 4 CEAG sottolinea che le autorità della Parte richiedente potranno "assistere" all'esecuzione della domanda; il rapporto esplicativo sulla CEAG precisa che il termine "assister" significa "être présent" (Consiglio d'Europa, Strasburgo 1969, pag. 15). Una partecipazione attiva dei funzionari esteri non è quindi prevista neppure dal diritto convenzionale. È per contro palese che il MPC può chiedere o permettere ai funzionari stranieri di fornirgli eventuali informazioni indispensabili per lo svolgimento del suo compito: è però solo in tale misura che l'autorità estera può "partecipare" all'esecuzione della domanda.

bb) Ne segue che le domande dovranno essere poste direttamente dal magistrato o dal funzionario svizzero. L' autorità estera dovrà limitarsi a un ruolo passivo; essa potrà soltanto proporre domande, la cui ammissibilità sarà decisa dall'Autorità svizzera di esecuzione, la quale stabilirà altresì se le relative risposte potranno essere assunte alla presenza dei funzionari stranieri, accertando inoltre ch'essi non prendano conoscenza di fatti estranei all'inchiesta. Conformemente all'art. 65a cpv. 3 AIMP, ricorderà loro altresì che le informazioni ottenute durante l'interrogatorio non potranno essere utilizzate nell'ambito del procedimento estero prima che sia resa una decisione definitiva di trasmissione e adotterà, a tale scopo, i necessari provvedimenti, impedendo che i funzionari stranieri prendano appunti su fatti inerenti alla sfera segreta. I verbali d'interrogatorio e le cassette

con le registrazioni delle audizioni, e eventuali trascrizioni, potranno essere consegnati alle autorità italiane solo dopo la chiusura della procedura di assistenza (cfr. l'art. 2 OAIMP; sentenze inedite del 15 gennaio 1998, citata, del 25 settembre 1997 in re C., consid. 1b, del 16 giugno 1998 in re F., consid. 3, del 5 agosto 1998 in re S.,
consid. 1c e d, del 29 settembre 1999 in re F., consid. 4c, apparsa in Pra 2000 38 204).

Il richiamo di questa prassi costante, in vista degli interrogatori - concernenti numerosi altri aventi diritto - che dovranno ancora essere eseguiti, e alla luce dello scritto del 9 aprile 2001 del MPC, era opportuno e necessario.

2.- Per quanto concerne più direttamente il ricorso di diritto amministrativo contro l'ordinanza di entrata in materia valgono le seguenti considerazioni.

a) Il Tribunale federale si è già pronunciato sulla legittimazione della società panamense ricorrente, precisando ch'essa è stata sciolta, ma che, in parte, potrebbe stare nondimeno in giudizio per un determinato periodo di tempo dal suo scioglimento. Qualora essa non potesse più agire, il suo beneficiario economico, ossia F._____, sarebbe - eccezionalmente - legittimato a ricorrere, ma comunque solo limitatamente alle informazioni inerenti al conto della società (sentenze inedite del 16 gennaio 1997, consid. 3c, del 15 gennaio 1998, consid. 1, e del 9 febbraio 1999 nei confronti dei ricorrenti, consid. 1b; DTF 123 II 153 consid. 2; sentenza inedita del 18 maggio 2000 in re L., consid. 1e, apparsa in Pra 2000 133 790).

Il ricorrente, tenuto ad addurre i fatti sui quali fonda la propria legittimazione (DTF 123 II 161 consid. 1d/bb pag. 165), non si pronuncia sul perdurare di un interesse attuale a ricorrere per difendere gli interessi della società, sciolta da anni. Né egli fa valere, dimostrandolo concretamente, che, come inquisito, potrebbero essere lesi i suoi diritti di difesa nell'ambito del procedimento penale estero secondo l'art. 21 cpv. 3 AIMP, norma da lui non richiamata. Come noto al ricorrente, la sua legittimazione quale beneficiario economico e possessore mediato della documentazione della società ormai sciolta non è infatti, di massima, sufficiente (sentenza inedita nei suoi confronti del 29 settembre 1997, consid. 2b/aa e 3c; DTF 125 II 356 consid. 3b/aa pag. 361, 123 II 153 consid. 2c - d; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 1999, n. 153 pag. 114).

b) Per di più, nella fattispecie i documenti bancari del conto della ricorrente presso la Banca commerciale di Lugano sono già stati trasmessi all'Italia e i testi sono già stati interrogati al riguardo (sentenza inedita del 9 febbraio 1999 nei confronti dei ricorrenti, consid. 2a e b). Solo che, come si evince dalla decisione impugnata, con la modifica del 16 dicembre 1999 dell'art. 413 CPP italiano è stata stabilita la non utilizzabilità da parte del Giudice del dibattimento delle dichiarazioni assunte per via rogatoriale senza che ai difensori degli imputati sia stata data la possibilità d'assistere ed esercitare il diritto d' esaminare a loro volta il testimone.

Le nuove audizioni, concernenti gli stessi temi di quelle precedenti, sono state rese necessarie solo dalla menzionata modifica dell'art. 413 CPP italiano. Ora, come noto ai ricorrenti, quando le dichiarazioni dei testi concernano soltanto informazioni già menzionate nella domanda estera, o documentazione già trasmessa, i titolari dei conti non sono legittimati a ricorrere contro detta trasmissione (decisione del 9 febbraio 1999, citata; DTF 124 II 180 consid. 2c in fine) e quindi, a maggior ragione, contro una decisione incidentale emanata in tale ambito: i ricorrenti non adducono nessun elemento che induca a scostarsi da questa prassi né rendono verosimile l'assunzione di nuove informazioni.

Ne segue che il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile.

3.- Per ragioni di economia processuale, ritenuto che le audizioni litigiose concernono varie persone e società, si può nondimeno rilevare che i ricorrenti ripropongono a torto le censure d'incompetenza del MPC a effettuare le audizioni. In effetti, nell'ambito dell'esame di un ricorso incidentale, il principio della celerità (art. 17 cpv. 1 AIMP) impone di risolvere unicamente, in questo stadio della procedura, le questioni suscettibili di comportare un pregiudizio immediato e irreparabile, come in concreto quello dell'intervento attivo di magistrati esteri: le

altre questioni potendo essere sollevate in occasione di una decisione di trasmissione (sentenza inedita del 29 settembre 1999 in re F., consid. 3e, apparsa in Pra 2000 38 204 segg.).

a) La censura d'incompetenza del MPC a procedere all'audizione di testi, poiché, secondo i ricorrenti, i reati sui quali si basa la rogatoria sarebbero di competenza dell'Autorità cantonale, sarebbe manifestamente inammissibile. Come noto ai ricorrenti, su tale questione l'allora Dipartimento federale di giustizia e polizia si è pronunciato con decisione definitiva e il Tribunale federale ha dichiarato inammissibile la censura d'incompetenza (sentenza del 16 gennaio 1997, consid. 8). Anche la critica all'ordinanza del 6 aprile 2001 dell'UFG, che delega al MPC l'esecuzione della domanda complementare, è palesemente irricevibile, visto che l'art. 79 cpv. 4 AIMP esclude il ricorso in tale ambito (FF 1995 III 21; sentenza inedita del 10 maggio 1999 in re A., consid. 3a).

b) I ricorrenti ripropongono anche la censura secondo cui al MPC difetterebbe la base legale per procedere, nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, all'audizione di testi. Nella sentenza del 15 gennaio 1998, cui, per brevità, si rinvia, il Tribunale federale non si era pronunciato definitivamente su questa eccezione, non sollevata dai ricorrenti nelle cause precedenti (consid. 3, confermata nella decisione del 9 febbraio 1999, consid. 3; vedi l'analoga sentenza del 15 gennaio 1998 in re T., consid. 3, apparsa in Rep 1998 161 e in Pra 1998 846).

Il Tribunale federale ha recentemente stabilito che sarebbe assurdo prevedere all'art. 79 cpv. 2 AIMP la possibilità di delegare l'esecuzione di una domanda di assistenza a un'autorità federale privandola nel contempo di far uso di determinati mezzi d'investigazione, necessari per raggiungere tale scopo: il rinvio all'autorità cantonale, per effettuare le audizioni, complicherebbe inutilmente il corso della procedura di assistenza e la prolungherebbe.
Inoltre, mal si comprende perché, mentre l'UFG avrebbe potuto effettuare gli interrogatori eseguendo lui stesso la domanda di assistenza (art. 79a AIMP), l'Autorità federale delegataria non potrebbe agire nello stesso modo. Ritenuto che la procedura di assistenza giudiziaria non è di natura penale ma amministrativa (DTF 123 II 175 consid. 6e pag. 185 e rinvii), l'Autorità federale incaricata della sua esecuzione dev'essere, in questo contesto, considerata come un'autorità amministrativa. Il Tribunale federale ha quindi considerato che il rinvio dell'art. 12 cpv. 1 AIMP alla PA può essere applicato anche al MPC, ciò che implica la possibilità di effettuare audizioni di testi (art. 14 segg. PA; sentenza del 29 settembre 1999 in re F., consid. 3f, apparsa in Pra 2000 38 204; in tal senso Zimmermann, op.

cit. , n. 148 pag. 110/111). Ammesso che la censura fosse ricevibile in questo stadio della procedura, essa dovrebbe essere respinta. I ricorrenti adducono poi che il funzionario interessato, non essendo magistrato, non potrebbe eseguire materialmente la rogatoria. Ora, l'art. 14 cpv. 2 PA prevede che l'audizione di testi è affidata a un funzionario idoneo (cfr. anche l'art. 16 PP).

4.- Il ricorso è inammissibile. Le particolarità della fattispecie giustificano di non prelevare una tassa di giustizia (art. 156 cpv. 1 OG).

L'emanazione del presente giudizio rende priva di oggetto la domanda di effetto sospensivo.

Per questi motivi

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Il ricorso è inammissibile.

2. Non si preleva tassa di giustizia.

3. Comunicazione al patrocinatore dei ricorrenti, al Ministero pubblico della Confederazione e all'Ufficio federale di giustizia.

Losanna, 3 maggio 2001 VIZ

In nome della I Corte di diritto pubblico
del TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO:
Il Presidente,

Il Cancelliere,