[AZA 0/2]

1A.79/2001

I CORTE DI DIRITTO PUBBLICO
****

11 maggio 2001

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

_____
Visto il ricorso di diritto amministrativo del 7 maggio 2001 presentato da X._____, e da Y._____, patrocinati dagli avv. ti Elio Brunetti, Lugano, e Carlo Lombardini, Ginevra, contro l'operato del Ministero pubblico della Confederazione nell'ambito dell'esecuzione 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, Sezione IV Penale, ha inoltrato il 13 marzo 2001 una richiesta di assistenza giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale a carico di A._____, B._____, Y._____, X._____, C._____, D._____ e E._____ 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 F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ e K._____. 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. A quest'ultima data il MPC ha udito J._____ in qualità di testimone.

B.- Avverso la "decisione" del MPC di rifiutare le eccezioni di procedura sollevate durante l'audizione del teste, X._____ e Y._____ presentano, il 7 maggio 2001, un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale; questa "decisione" è riportata nella trascrizione, effettuata dalle Autorità italiane, del verbale d'interrogatorio, consegnato, con il consenso del teste, secondo la procedura semplificata. I ricorrenti chiedono, in via provvisionale di sospendere l'esecuzione della rogatoria riguardo all'audizione di F._____, G._____ e H._____ fino a che il Tribunale federale si sarà pronunciato sul gravame; nel merito postulano di annullare la decisione del MPC relativa al rifiuto delle eccezioni procedurali da loro sollevate durante l'interrogatorio del teste J._____, di accertare l'incompetenza del MPC a effettuare le audizioni e di constatare che i magistrati esteri non possono porre direttamente domande ai testi; chiedono altresì di annullare l'interrogatorio di J._____ e di stabilire che gli interrogatori degli altri testi dovranno essere eseguiti dalla competente autorità penale cantonale.

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, secondo le modalità riportate nella trascrizione del verbale del teste J._____, 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 separatamente (art. 80g cpv. 2 in relazione con l'art. 80e lett. b AIMP).

a) Il termine di ricorso contro una decisione incidentale è di 10 giorni (art. 80k AIMP). Ora, premesso che non è affatto manifesto che il criticato operato del MPC costituisca una decisione impugnabile, come si evince dalla trascrizione del verbale d'interrogatorio di J._____, all'audizione del 19 aprile 2001 erano presenti, oltre ai legali italiani, anche i due avvocati svizzeri dei ricorrenti.
Il gravame, inoltrato il 7 maggio 2001, è pertanto manifestamente tardivo, ritenuto che già al momento dell'audizione i ricorrenti sono venuti a conoscenza del fatto che, con l'accordo del teste, le domande sono state poste direttamente dalle Autorità italiane. Ne segue che la domanda di annullare l'audizione del teste J._____ non può essere esaminata nel merito.

b) In vista degli interrogatori - concernenti anche numerosi altri aventi diritto - che dovranno ancora essere eseguiti appare comunque opportuno e necessario richiamare la costante prassi vigente in materia. In effetti, già nella sentenza del 29 settembre 1997 resa nei confronti del ricorrente Y._____ il Tribunale federale ha rilevato che la presenza di persone partecipanti al processo all' estero non comporta in ogni caso un pregiudizio immediato e irreparabile: 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, 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.

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.
In una recente sentenza del 3 maggio 2001 in re I.
concernente il medesimo interrogatorio, il Tribunale federale ha ribadito che, conformemente alla costante prassi, la presenza di inquirenti esteri deve essere passiva (consid. 1a; DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562, 117 Ib 51 consid. 5a, 113 Ib 157 consid. 7c pag. 169; sentenza inedita del 15 gennaio 1998 nei confronti del ricorrente Y._____ e quella analoga in re I., consid. 2, apparsa in Rep 1998 161 e in Pra 1998 159 846).

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).

2.- Inammissibile, come si è visto, per tardività, il ricorso lo è anche per carenza di legittimazione dei ri-

correnti.
Essi, tenuti ad addurre i fatti sui quali fondano la propria legittimazione (DTF 123 II 161 consid. 1d/bb pag. 165), si limitano a sostenere ch'essa sarebbe pacifica in quanto titolari di conti bancari presso la Banca Darier, Hentsch & Cie e la Società Bancaria Ticinese.

Come noto ai ricorrenti, i documenti dei citati istituti di credito che li concernono sono già stati trasmessi all'Italia e i testi già stati interrogati al riguardo (sentenza inedita del 9 febbraio 1999 nei confronti dei ricorrenti, consid. 2a e b). Solo che, come si evince dall'ordinanza di entrata in materia del 9 aprile 2001, 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 all'audizione e di esercitare il diritto di porre a loro volta domande al 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.

3.- Per ragioni di economia processuale, ritenuto che le audizioni litigiose concernono varie persone e società, si può nondimeno anche qui 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) Certo, i ricorrenti, come prima eccezione, adducono che l'UFG, non notificando loro l'ordinanza di entrata in materia del 9 aprile 2001 relativa alle audizioni, fissate peraltro al 19 aprile 2001 e quindi prima dello scadere del termine di ricorso, avrebbe leso i diritti delle parti (sul diritto di partecipare al procedimento secondo l'art. 80b AIMP, v. la citata decisione del 29 settembre 1997, consid. 3, apparsa in Rep 1997 107). Ora, essi hanno potuto nondimeno partecipare alle audizioni e hanno potuto formulare, già prima delle stesse, come da loro rilevato, le eccezioni procedurali, per cui non hanno subito alcun pregiudizio.

Quale seconda eccezione i ricorrenti fanno valere che il funzionario del MPC, non essendo magistrato, non potrebbe rappresentare il Procuratore generale della Confederazione; ciò a maggior ragione poichè secondo l'ordinamento italiano sussisterebbe il diritto all'acquisizione della prova dibattimentale davanti a un giudice, ossia a un soggetto terzo e imparziale, non equiparabile a un Pubblico ministero. Questa critica, e le altre relative alle modalità delle audizioni e alla contestata validità del verbale d'interrogatorio, non implicano, di massima, né i ricorrenti cercano di dimostrarlo, alcun pregiudizio immediato e irreparabile; esse non devono quindi essere esaminate oltre.
Come indicato dal MPC durante l'audizione, queste censure potranno essere sollevate, se del caso e qualora i ricorrenti siano legittimati a farlo, contro un'eventuale decisione di chiusura.

Giova rilevare altresì che manifestamente a torto i ricorrenti sostengono che si sarebbe in presenza di una nuova rogatoria. È infatti palese che la domanda del 13 marzo 2001 costituisce un complemento delle originarie rogatorie in queste vertenze.

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

la sentenza del 15 gennaio 1998 in re T. e nei confronti del ricorrente Y._____, consid. 3, apparsa in Rep 1998 161 e in Pra 1998 846).

Nella menzionata sentenza del 3 maggio 2001 (consid. 3b) il Tribunale federale ha tuttavia rilevato che nel frattempo esso ha stabilito 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 Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 1999, n. 148 pag. 110/111). Ammesso che la censura sia ricevibile in questo stadio della procedura, essa dovrebbe essere quindi respinta.

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

4. Ne segue che il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile. Le spese seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG).

Per questi motivi,

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Il ricorso è inammissibile.

2. La tassa di giustizia di fr. 2000.– è posta a carico dei ricorrenti in solido.

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

_____

Losanna, 11 maggio 2001 CRA/col

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