[AZA 0/2]

1A.81/2001

I CORTE DI DIRITTO PUBBLICO
****

14 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 9 maggio 2001 presentato da A._____ e da C._____, patrocinati dall'avv. Rossano Pinna, studio legale Sganzini Bernasconi Peter & Gaggini, Lugano, contro lo scritto del 2 maggio 2001 con cui il Ministero pubblico della Confederazione ha indetto l'audizione dell'avv. H._____ in qualità di teste nell'ambito dell'esecuzione di una procedura di assistenza giudiziaria in materia penale avviata su domanda della Repubblica italiana;

Ritenuto in fatto :

A.- Il Tribunale di Milano, Sezione IV Penale, ha inoltrato il 13 marzo 2001 una richiesta (complementare) 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) nell'ambito del cosiddetto processo C._____/ Z._____.

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 da alcuni 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 causa della mancata comparizione di tre testi, il MPC, con scritto del 2 maggio 2001, ha ordinato l'audizione - per il 15 maggio 2001 - in qualità di testi, di H._____, G._____ e F._____.

B.- Avverso la convocazione di H._____, avvocato, A._____ e C._____ presentano, il 9 maggio 2001, un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale.
Chiedono, in via preliminare, di concedere l'effetto sospensivo al gravame nel senso di annullare la contestata citazione, conclusione formulata anche in via principale; in via subordinata, chiedono di accogliere parzialmente il ricorso nel senso d'invitare il MPC a sottoporre loro le domande scritte cui il testimone dovrà rispondere, con facoltà di prendere posizione entro dieci giorni; in via più subordinata postulano che il MPC proceda all'audizione del teste senza la presenza delle persone partecipanti al processo pendente in Italia, mettendo a disposizione dei ricorrenti il verbale contenente le domande e le risposte, e concedendo loro la facoltà di presentare osservazioni entro dieci giorni; chiedono altresì che il MPC, prima di interrogare il teste, si pronunci su un'eventuale domanda, formulata dal teste medesimo o dai ricorrenti, di esenzione dalla testimonianza fondata sul rispetto del segreto professionale dell'avvocato: in caso di reiezione della domanda, la testimonianza dovrà aver luogo solo dopo la crescita in giudicato di detta decisione; in via ancor più subordinata i ricorrenti chiedono che l'audizione del teste venga verbalizzata e firmata seduta stante, senza registrazioni foniche, e che il

verbale sia
trasmesso all'Autorità richiedente solo dopo la crescita in giudicato della decisione di chiusura.

Non sono state chieste osservazioni al ricorso.

Considerando in diritto :

1.- I ricorrenti sostengono che la presenza di partecipanti al processo estero alla contestata audizione comporterebbe un pregiudizio immediato e irreparabile: in effetti, tutti i fatti sui quali il teste è chiamato a deporre apparterrebbero alla loro sfera segreta, poiché da lui appresi come legale della loro famiglia, e sarebbero coperti dagli art. 321 CP e 12 della legge ticinese sull' avvocatura, del 15 marzo 1983 (LAvv) e, in gran parte, anche dal segreto bancario e dal segreto d'affari. Il pregiudizio sarebbe irreparabile poiché le risposte, coperte dal segreto professionale, verrebbero rese note a tutti i partecipanti esteri; inoltre l'udienza, svolgendosi dinanzi al Tribunale penale, sarebbe pubblica, per cui le dichiarazioni del teste potrebbero essere divulgate dai media. La contestata convocazione costituirebbe quindi una decisione incidentale, anteriore a quella finale, 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). La criticata convocazione, allegata al verbale di udienza del 4 maggio 2001 del Tribunale di Milano, è stata ricevuta lo stesso giorno dai legali italiani dei ricorrenti. La tempestività del gravame, del 9 maggio 2001, è comunque dubbia, ritenuto che con l'ordinanza d'entrata in materia del 9 aprile 2001 l' audizione del teste H._____ era stata fissata per il 19 aprile seguente. Visto l'esito del ricorso la questione non dev'essere esaminata oltre.

b) I ricorrenti, tenuti ad addurre i fatti a sostegno della propria legittimazione (DTF 123 II 161 consid. 1d/bb pag. 165), la fondano sulla circostanza che il teste svelerebbe informazioni acquisite nell'ambito del mandato professionale da loro attribuitogli, come pure, in qualità di eredi, nell'ambito di quello affidatogli dal defunto R._____, marito, rispettivamente padre, dei ricorrenti.

aa) Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, la legittimazione a ricorrere è riconosciuta solo al titolare di un conto bancario del quale sono chieste informazioni, o alla persona direttamente sottoposta a una misura coercitiva (perquisizione, sequestro o interrogatorio; DTF 126 II 258 consid. 2d, 124 II 180 consid. 1b, 122 II 130). Infatti, secondo l'art. 80h lett. b AIMP, ha diritto a 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".
Gli interessati non possono impugnare quindi provvedimenti che concernono conti bancari di cui non sono titolari o il sequestro di documenti in mano di terzi (DTF 123 II 153 consid. 2b, 161 consid. 1d/aa e bb).

La circostanza che i ricorrenti sono inquisiti nel procedimento penale estero non è decisiva, visto ch'essi non sono sottoposti direttamente al criticato interrogatorio (art. 21 cpv. 3 AIMP, che prevede le medesime condizioni dell'art. 80h lett. b; DTF 126 II 356 consid. 3b/aa-bb, 123 II 161 consid. 1d; FF 1995 III 19; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 1999, n. 309). Nella misura in cui il ricorso è presentato nel solo interesse della legge e a tutela degli interessi di terzi, segnatamente di altri eredi, esso è inammissibile (DTF 125 II 356 consid. 3b/aa pag. 362 e rinvii).

bb) Il Tribunale federale ha stabilito che il titolare del conto oggetto della domanda di assistenza giudiziaria è legittimato a impugnare la trasmissione di verbali d'audizione di testimoni soltanto nella misura in cui le informazioni ivi contenute possano essere equiparate a una trasmissione di documenti concernenti il conto e il titolare sarebbe stato, in tal caso, legittimato a impugnarne la loro trasmissione (DTF 124 II 180 consid. 2; sentenza inedita del 9 febbraio 1999 in re P., consid. 2a, apparsa in Rep 1999 123). Quest'eccezione a un'applicazione rigida della prassi inerente alla legittimazione è stata ammessa unicamente, e a titolo eccezionale, nell'ipotesi in cui la trasmissione di verbali abbia quale conseguenza di svuotare di ogni senso e di eludere le norme sulla protezione giuridica riguardo a informazioni su conti bancari.

c) Limitandosi ad affermare che il teste svelerebbe informazioni coperte dal segreto professionale, i ricorrenti non fanno minimamente valere, né una simile fattispecie è desumibile in concreto, che sarebbe realizzata la citata eccezione.

aa) In effetti, come noto ai ricorrenti, i documenti bancari che li concernono sono già stati trasmessi all'Italia e i testi già stati interrogati al riguardo (sentenze inedite del 16 gennaio 1997 in re P., e del 9 febbraio 1999, citata). Come rilevato nella sentenza del 9 febbraio 1999, da quei verbali si evinceva inoltre che le domande non tendevano in prima linea a conoscere il contenuto della documentazione bancaria, già noto alle Autorità estere, ma piuttosto a capire le circostanze e le modalità con cui erano state effettuate determinate operazioni bancarie, e a comprendere i rapporti esistenti tra gli interrogati e gli inquisiti e tra questi ultimi. Quando, come nella fattispecie, i verbali contengono soltanto informazioni già menzionate nella domanda estera o nei suoi allegati, i titolari dei conti non sono legittimati a ricorrere contro detta trasmissione (DTF 124 II 180 consid. 2c in fine) e quindi, a maggior ragione, contro una decisione incidentale emanata in tale ambito.

bb) Ora, come il Tribunale federale ha accertato nell'ambito di due ricorsi presentati contro le medesime audizioni, con una 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 fosse stata data la possibilità d'assistere all' audizione e di esercitare il diritto di porre domande al testimone (sentenze inedite in re I. e in re P. del 3 e dell'11 maggio 2001). L'audizione litigiosa, concernente quindi verosimilmente gli stessi temi di quelle precedenti, è stata resa necessaria dalla menzionata modifica dell'art. 413 CPP italiano.

2.- a) I ricorrenti, che non si esprimono del tutto sulla predetta prassi, fondano la loro legittimazione sulla circostanza che il teste è chiamato a esprimersi su circostanze coperte dal segreto professionale. Essi disconoscono tuttavia che la tutela di tale segreto spetta al detentore del segreto (art. 321 CP e art. 12 LAvv). Certo, l'audizione di un avvocato alla presenza di partecipanti al processo all'estero può costituire una decisione incidentale comportante un pregiudizio immediato e irreparabile secondo l'art. 80e lett. b n. 2 AIMP (cfr. DTF 126 II 495 consid. 4); ciò in particolare quando le domande, contrariamente alla costante prassi (DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562, 117 Ib 51 consid. 5a, 113 Ib 157 consid. 7c pag. 169; sentenze inedite del 15 gennaio 1998 in re I., consid. 2a e b, apparsa in Rep 1998 161, e del 29 settembre 1999 in re F., consid. 4c, apparsa in Pra 2000 38 204), siano poste direttamente da magistrati esteri, come avvenuto nell'ambito delle audizioni effettuate il 19 aprile 2001 (sentenze del 3 e dell'11 maggio 2001, citate).

Anche in tal caso la legittimazione a ricorrere spetta tuttavia unicamente al teste, sottoposto direttamente alla misura coercitiva, e solo nella misura in cui è chiamato a fornire informazioni che lo concernono personalmente o allorquando egli si prevale del suo diritto di non testimoniare (DTF 126 II 258 consid. 2d/bb, 122 II 130 consid. 2b, 121 II 459). In concreto il teste non si è opposto alla sua convocazione. Ammettere la legittimazione dei ricorrenti, non toccati direttamente dalla critica misura, a far valere il segreto professionale, a maggior ragione viste le particolarità della fattispecie, comporterebbe un' estensione eccessiva della cerchia delle persone legittimate a opporsi alla concessione dell'assistenza, ciò che ostacolerebbe la collaborazione internazionale, in contrasto con lo scopo della legge e dei trattati internazionali ratificati dalla Svizzera in questo campo (DTF 122 II 130 consid. 2c).

b) Per di più, nella procedura di assistenza giudiziaria l'avvocato non può prevalersi del segreto professionale e del diritto che ne deriva di non testimoniare, per rifiutare di rivelare fatti confidenziali di cui ha avuto conoscenza nell'esercizio di un'attività limitata all'amministrazione di patrimoni e all'investimento di capitali (DTF 112 Ib 606; sul suggellamento di carte da parte di un avvocato contenenti asserite disposizioni testamentarie v. la sentenza inedita del 2 marzo 1998 in re MPC, consid. 3, apparsa in Rep 1998 143). Il segreto professionale non è infatti opponibile a informazioni connesse ad attività dove prevale il carattere commerciale o quando l'avvocato sia egli stesso imputato (DTF 126 II 495 consid. 5e/aa, 120 Ib 112 consid. 4, 115 Ia 197 consid. 3d, 114 III 105, 106 IV 413 consid. 7c).

Spetta quindi al teste decidere se e in che misura potrà invocare il segreto professionale (art. 321 CP e art.

12 LAvv; cfr. Zimmermann, op. cit. , n. 221/222), tenendo conto del fatto che questa tutela, visto il pericolo dell' abuso di diritto sussistente in tale ambito, non deve perseguire lo scopo di ritardare, complicare o allungare la procedura d'assistenza giudiziaria (DTF 126 II 495 consid. 5e/dd pag. 504). Non v'è infatti alcun motivo di credere che il teste disattenda le norme che disciplinano tale segreto:

ciò a maggior ragione visto ch'egli è già stato udito durante l'esecuzione delle precedenti rogatorie.
Il teste potrà esprimersi altresì sui quesiti, su cui insistono i ricorrenti, di sapere se essi - considerata la natura eminentemente personale del diritto al segreto (cfr. Lorenz Erni, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, Beat Brechbühl/Ernst Hauser/Urs Hofer, Der Anwalt als Zeuge, ambedue in: Das Anwaltsgeheimnis 4, Zurigo 1997, n. 29 pag. 15, rispettivamente pag. 60; Jean-Claude Wenger, Der Anwalt als Willensvollstrecker, in: Das Anwaltsgeheimnis 3, Zurigo 1997, pag. 62-65; Michael Kull, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, tesi, Zurigo 2000. pag. 84) - siano abilitati a svincolarlo anche riguardo ai mandati conferitigli dal defunto R._____, e se sia necessario il loro consenso, o l'autorizzazione dell'autorità (art. 321 cpv. 2 CO eart. 12 cpv. 2 e 3 LAvv) riguardo alle sue attività di esecutore testamentario, qualora si tratti di informazioni tutelate dal segreto professionale.

Neppure la tutela del segreto bancario, meno ampio di quello professionale (DTF 119 IV 175 consid. 3 e 4), osta da sola e in principio alla concessione dell'assistenza (DTF 123 II 153 consid. 7, 120 Ib 251 consid. 5c).

3.- Ne segue che il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione.

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

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 al patrocinatore dei ricorrenti, al Ministero pubblico della Confederazione e all'Ufficio federale di giustizia.
Losanna, 14 maggio 2001 CRA/col

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

Il Cancelliere,