Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.217/2004 /bom

Sentenza del 18 ottobre 2004
I Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Aemisegger, presidente della Corte e presidente del Tribunale federale,
Reeb, Eusebio,
cancelliere Crameri.

Parti
Titolare del Conto N. XXX._____,
presso la banca R._____,
Titolare del Conto N. YYY._____,
presso la banca R._____,
Titolare del Conto N. ZZZ._____,
presso la banca R._____,
ricorrenti,
patrocinati dall'avv. dott. Alessandro Martinelli,
contro

Ministero pubblico della Confederazione, Taubenstrasse 16, 3003 Berna.

Oggetto
assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Italia (presenza dell'autorità inquirente italiana a operazioni di assistenza giudiziaria),

ricorso di diritto amministrativo contro la decisione del 23 agosto 2004 del Ministero pubblico della Confederazione.

Fatti:
A.
La Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano aveva presentato alla Svizzera, il 14 ottobre 1996, una richiesta di assistenza giudiziaria, completata, in particolare il 7 luglio 1997, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di V._____ e altre persone per i reati di corruzione e di falso in bilancio. Il Gruppo G._____ avrebbe in effetti costituito, attraverso complesse operazioni con risvolti illegali, ingenti disponibilità finanziarie anche su conti bancari svizzeri, di cui il gruppo è il beneficiario economico.

Nell'ambito di ulteriori complementi rogatoriali, in particolare del 20 maggio 2002, concernenti un procedimento penale contro il citato indagato, B._____, F._____ e P._____ per i reati di appropriazione indebita, frode fiscale, falso in bilancio, ricettazione e riciclaggio, il Tribunale federale ha respinto rispettivamente dichiarato inammissibili numerosi ricorsi presentati da società e da un indagato di cui era stata ordinata la trasmissione di verbali di audizione e documenti bancari che li concernevano (cause 1A.285/2000 del 13 marzo 2001, 1A.411/1996 del 26 marzo 1997, 1A.37/2002 del 15 febbraio 2002, 1A.196 e 197/2002 del 30 settembre 2002, 1A.73/2003 del 17 settembre 2003 e 1A.253 e 254/2003 dell'11 marzo 2004).
B.
Mediante complemento del 22 giugno 2004 la citata procura ha chiesto di eseguire ulteriori misure di assistenza, in particolare di acquisire la documentazione di numerosi conti bancari e di poter partecipare all'esame degli atti sequestrati. Essa ha garantito di non utilizzare le informazioni prima d'averle ottenute nel quadro di

una decisione formale di trasmissione.

Con ordinanza di entrata in materia del 23 agosto 2004, il Ministero pubblico della Confederazione (MPC) ha ammesso la richiesta integrativa; esso ha autorizzato le autorità giudiziarie italiane, segnatamente il sostituto procuratore della citata Procura, a partecipare alla cernita della documentazione per determinare la rilevanza delle informazioni assunte (dispositivo n. 3).

C.
I titolari del conto n. XXX._____, n. YYY._____ e n. ZZZ._____ impugnano questa decisione con un ricorso di diritto amministrativo del 22 settembre 2004 al Tribunale federale. Chiedono, in via preliminare, di concedere effetto sospensivo al ricorso e di differire pertanto la cernita dei documenti bancari trasmessi dalla banca R._____ fino all'evasione del gravame e, in via principale, di modificare la decisione impugnata nel senso di non autorizzare la presenza di rappresentanti dell'autorità estera alla cernita degli atti; in via subordinata postulano di autorizzare la loro presenza soltanto alla cernita dei documenti di apertura del conto XXX._____ e dei documenti concernenti le operazioni intercorse tra questa relazione e i conti menzionati nel complemento del 22 giugno 2004; in via ancor più subordinata chiedono di modificare la decisione impugnata nel senso di autorizzare la contestata partecipazione soltanto riguardo ai documenti del conto XXX._____.
D.
L'Ufficio federale di giustizia (UFG) e il MPC propongono di dichiarare inammissibile il ricorso; il MPC chiede inoltre di non concedere l'effetto sospensivo all'impugnativa.

Diritto:
1.
1.1 Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione l'ammissibilità dei ricorsi che gli vengono sottoposti, senza essere vincolato, in tale ambito, dagli argomenti delle parti o dalle loro conclusioni (DTF 130 II 321 consid. 1, 306 consid. 1.1).
1.2 Il nome dei ricorrenti non è stato indicato nell'atto di ricorso, ma in una lettera di stessa data trasmessa al Tribunale federale con il gravame, dalla quale risulta che si tratta, per due conti, della medesima persona. Questo modo di procedere rispetta le esigenze formali poste dall'art. 30 cpv. 1 OG. Tale norma, infatti, non esige che il nome del ricorrente sia indicato nell'atto di ricorso, ma soltanto che questo sia firmato, vuoi dal ricorrente, vuoi da un difensore che giustifichi il suo mandato con procura scritta conformemente a quanto disposto dall'art. 29 OG. Non si è pertanto in presenza di un ricorso anonimo (causa 1A.223/1992 del 29 marzo 1993, consid. 1c, apparsa in Rep 1993 142). Ritenuto che le decisioni rese durante la procedura non devono essere trasmesse alle autorità estere e che si è in presenza di una decisione incidentale, l'accorgimento adottato dal ricorrente per evitare che lo Stato richiedente venga a conoscenza direttamente o indirettamente di informazioni, la cui trasmissione presuppone che la procedura di assistenza sia stata chiusa, di per sé non si giustifica; ciò non toglie che il suo nome può essere omesso in questa sentenza (Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en
matière pénale, 2a ed., Berna 2004, n. 314 e seg.).
2.
2.1 Al titolare dei conti XXX._____ e YYY._____ dev'essere riconosciuta la legittimazione a ricorrere (art. 80h lett. b della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, del 20 marzo 1981 [AIMP; RS 351.1]in relazione con l'art. 9a lett. a della relativa ordinanza; DTF 130 II 162 consid. 1.1). Egli non è per contro legittimato riguardo al conto ZZZ._____, sul quale adduce di avere semplicemente il diritto di procura. In tale misura il ricorso è inammissibile per carenza di legittimazione. Chi possiede una semplice procura sul conto è infatti toccato solo in maniera indiretta e non è pertanto legittimato a ricorrere (DTF 123 II 161 consid. 1d/bb pag. 165; causa 1A.250/1998 del 25 giugno 1999, consid. 1d, apparsa in Rep 1999 122 e 1A.257/1993 dell'11 febbraio 1994 apparsa in Rep 1994 289).
2.2 Con lettera del 21 settembre 2004 il MPC ha comunicato al patrocinatore dei ricorrenti che sussisterebbe la possibilità di non fornire indicazioni all'autorità richiedente riguardo ai conti YYY._____ e ZZZ._____ Qualora questa ipotesi dovesse realizzarsi, il ricorso, in tale misura, sarebbe privo d'oggetto.
2.3 L'art. 80g cpv. 2 AIMP dispone che la decisione incidentale, presa dall'autorità federale di esecuzione, ante-

riore alla decisione finale è impugnabile separatamente, entro il termine di dieci giorni dalla sua comunicazione (art. 80k AIMP), con ricorso di diritto amministrativo in caso di pregiudizio immediato e irreparabile, ai sensi dell'art. 80e lett. b, mediante il sequestro di beni (n. 1) o la presenza di persone che partecipano al processo all'estero (n. 2). Occorre però rilevare che un tale pregiudizio deve rimanere un'eccezione (FF 1995 III 3; DTF 126 II 495 consid. 3 e 5): anche secondo la giurisprudenza il ricorso di diritto amministrativo, in tale ambito, è ammissibile solo in via eccezionale (DTF 128 II 211 consid. 2.1, 253 consid. 3).

Il ricorrente rileva d'aver preso conoscenza soltanto il 15 settembre 2004 della decisione impugnata del 23 agosto precedente, nella quale non si menzionava tuttavia la criticata autorizzazione, trasmessagli il 14 settembre 2004 dall'istituto di credito. Visto l'esito del ricorso, la questione della tempestività del gravame non dev'essere esaminata oltre (sulla questione v. DTF 124 II 124 consid. 2d, 120 Ib 183 consid. 3a; cfr. anche DTF 125 II 65 consid. 2a).
2.4 Nel complemento del 22 giugno 2004 l'autorità richiedente ha chiesto espressamente di poter partecipare all'esame dei documenti bancari allo scopo di esprimersi sulla loro rilevanza e di poter individuare ulteriori relazioni bancarie, in vista dell'inoltro di eventuali domande integrative. Essa si è inoltre impegnata a non utilizzare le informazioni ottenute fino alla loro trasmissione mediante decisione formale di chiusura. Certo, essa non ha espressamente fondato la richiesta di partecipazione sull'art. IX dell'Accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, del 10 settembre 1998 (in seguito: l'Accordo; RS 0.351.945.41), concernente la presenza di persone straniere nello Stato richiesto; l'Accordo è stato comunque richiamato riguardo alle modalità di trasmissione (diretta) della domanda (art. XVII). Secondo l'art. IX dell'Accordo, lo Stato richiesto, su domanda dello Stato richiedente, autorizza, tra l'altro, i rappresentanti di quest'ultimo ad assistere all'esecuzione sul proprio territorio, se ciò non è incompatibile con i principi dello Stato richiesto (cpv. 1). Questa norma prevede poi espressamente che i rappresentanti dell'autorità straniera non
possono utilizzare, per indagini o come mezzo di prova, le informazioni inerenti a una sfera protetta da segreto portate a loro conoscenza in tale ambito, prima che l'autorità competente abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza (cpv. 3).
Nella decisione impugnata il MPC, ritenendo che la partecipazione dei rappresentanti dell'autorità estera può agevolare considerevolmente l'esecuzione della domanda, ha tuttavia implicitamente fondato la contestata autorizzazione sull'art. 65a AIMP, norma di cui ha richiamato il capoverso 3, unitamente all'art. IX cpv. 3 dell'Accordo. L'art. 65a AIMP dispone che ai partecipanti al processo all'estero può essere consentita la presenza a operazioni di assistenza giudiziaria, nonché la consultazione degli atti, qualora lo Stato richiedente ne faccia richiesta in base al suo ordinamento giuridico (cpv. 1); la loro presenza può parimenti essere ammessa, con la già citata riserva del capoverso 3, qualora possa agevolare considerevolmente l'esecuzione della domanda o il procedimento penale all'estero (cpv. 2).
2.5 Spetta al ricorrente dimostrare o perlomeno rendere verosimile, sulla base di elementi specifici e concreti, che il sequestro di beni o la presenza di partecipanti al processo all'estero gli causa un pregiudizio immediato e irreparabile e dimostrare che tale nocumento non potrà essere sanato mediante un giudizio che annulli, se del caso, la pedissequa decisione di chiusura (DTF 130 II 329 consid. 2, 128 II 353 consid. 3 e rinvii). Il ricorrente, rilevato che gli atti litigiosi contengono informazioni coperte dal segreto bancario, fa valere numerose censure di merito che osterebbero alla postulata assistenza; critiche che, come si vedrà, non devono essere esaminate in questo stadio della procedura.
2.6 Infatti, di massima, e come si vedrà ancora in seguito (consid. 2.7), la presenza di funzionari esteri a una misura di esecuzione, che deve mantenere il carattere di passività che le è proprio (DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562, 117 Ib 51 consid. 5a, 113 Ib 157 consid. 7c pag. 169; causa 1A.69/2001 del 3 maggio 2001, consid. 1), non implica ancora, per l'interessato, un pregiudizio immediato e irreparabile: ciò può essere il caso quando sussista il rischio che le autorità estere, con la loro presenza, possano avere conoscenza di fatti inerenti alla sfera segreta prima che l'autorità competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza. Questo rischio, di regola, può tuttavia essere evitato, quando l'autorità svizzera adotti le misure necessarie atte a impedire un'utilizzazione anticipata e prematura delle informazioni nell'ambito del procedimento estero, ad esempio impedendo che i funzionari stranieri prendano appunti su fatti inerenti alla sfera segreta e differendo la consegna di copie di atti fino al passaggio in giudicato della decisione di chiusura (DTF 128 II 211 consid. 2.1, 127 II 198 consid. 2b pag. 204; causa 1A.228/2003 del 10 marzo 2004, consid. 3.3.1; Zimmermann op. cit., n.

231-233, 296 e 296-
1; Laurent Moreillon (editore), Entraide internationale en matière pénale, Basilea 2004, n. 2, 3 e 16 all'art. 65a AIMP; contra Peter Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, n. 421/422 pag. 285 seg.).

In concreto, già nel citato complemento l'autorità richiedente ha espressamente assicurato che non utilizzerà le informazioni litigiose prima dell'emanazione di una decisione formale di chiusura (cfr. DTF 128 II 211 consid. 2.1 pag. 216). Essa ha nuovamente ribadito questo impegno con scritto del 6 agosto 2004. Inoltre, il 16 settembre 2004, confermate queste garanzie, essa ha precisato al MPC che le stesse sono da interpretare alla luce dell'art. IV, concernente l'utilizzazione delle informazioni in osservanza del principio della specialità, e dell'art. IX dell'Accordo (sull'osservanza del principio della specialità da parte dell'Italia v. DTF 124 II 184 consid. 5 e 6). L'autorità richiedente ha garantito, altresì, che le informazioni non saranno comunicate, neppure in via informale, a organi di polizia giudiziaria. Queste garanzie sono sufficienti per evitare il realizzarsi di un pregiudizio immediato e irreparabile.
2.7 Certo, il ricorrente adduce che la contestata autorizzazione sarebbe incompatibile con i principi del diritto dello Stato richiedente (art. IX cpv. 1 del Trattato). L'art. 65a AIMP fa uso di un'espressione potestativa («può parimenti essere ammessa»), che conferisce all'autorità di esecuzione un largo potere di apprezzamento. In concreto le autorità inquirenti estere hanno però espressamente richiesto, richiamando in seguito anche l'art. IX dell'Accordo, di poter partecipare all'audizione, spiegandone i motivi. Ora, come si evince dal preambolo, l'Accordo ha lo scopo di semplificare i rapporti tra i due Stati e l'art. IX, tranne l'incompatibilità con i principi del diritto dello Stato richiesto, non prevede altre riserve alla sua applicazione (cfr. anche le direttive del 2003 dell'UFG sull'assistenza giudiziaria tra la Svizzera e l'Italia relative all'Accordo, segnatamente riguardo all'art. IX) e, in tale ambito, il ricorrente si limita a richiamare il principio della proporzionalità. Ora, come rilevato anche dal ricorrente e ricordato ch'egli non è legittimato ad opporsi alla contestata misura riguardo al conto ZZZ._____, nel complemento l'autorità estera chiede informazioni sul conto XXX._____, illustrandone le
ragioni; il principio della proporzionalità, a un esame "prima facie", non è pertanto disatteso, la richiesta non apparendo d'acchito manifestamente infondata (cfr. DTF 130 II 329 consid. 3, 5 e 6).
2.8 Il ricorrente critica la predetta prassi rilevando che sarebbe sufficiente memorizzare la sua identità per vanificare il divieto di prendere conoscenza di fatti inerenti alla sfera segreta prima dell'emanazione di una decisione di chiusura. L'assunto non regge. Egli disconosce tuttavia che in applicazione dell'invocato principio nella citata lettera del 21 settembre 2004 il MPC ha ventilato la possibilità di rinunciare alla presenza degli inquirenti esteri riguardo alla cernita dei documenti del conto YYY._____; esso potrà se del caso omettere di sottoporre loro determinati documenti o escluderne momentaneamente la presenza (DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562). Per di più le informazioni non possono comunque essere usate, prima della decisione di chiusura, come mezzi di prova nel procedimento estero. In siffatte circostanze la criticata partecipazione non è incompatibile con i principi del diritto dello Stato richiesto e dev'essere autorizzata conformemente all'art. IX dell'Accordo.
2.9 Del resto, anche dal profilo dall'art. 65a AIMP, vista la complessità dei fatti posti a fondamento della rogatoria iniziale e dei numerosi complementi inoltrati in seguito, non vi è dubbio che la presenza di inquirenti esteri, che meglio conoscono le diverse ramificazioni dell'inchiesta, potrà agevolare l'esecuzione delle misure richieste. Essa potrà inoltre, se del caso, rendere superfluo l'inoltro di ulteriori domande integrative: la contestata misura rispetta quindi il principio della proporzionalità, essendo in relazione con i fatti esposti nel complemento litigioso (DTF 130 II 329 consid. 3 in fine, 5.1 in fine e 6).
2.10 La criticata partecipazione permetterà inoltre al ricorrente di far valere immediatamente eventuali motivi, addotti nelle censure di merito del presente gravame, che potrebbero ostare alla trasmissione di determinati atti, spiegandone le ragioni prima dell'emanazione di una decisione di chiusura (sulla procedura da seguire nell'ambito della cernita di documenti sequestrati, con la partecipazione di magistrati esteri, v. DTF 130 II 14 consid. 4.4 pag. 17 e seg.; Zimmermann, op. cit., n. 479-2). È infatti manifesto che la trasmissione di informazioni inerenti alla sfera segreta, in particolare la consegna di documenti bancari all'autorità estera, potrà essere ordinata solo nell'ambito di una decisione di chiusura secondo gli art. 80c o 80d AIMP. È inoltre palese, come l'hanno d'altra parte espressamente assicurato, che i partecipanti al processo all'estero devono rispettare il principio della specialità (FF 1995 III 24 ad art. 65a; DTF 130 II 329 consid. 3, 124 II 184 consid. 5 e 6; sulla necessità di evitare ogni rischio che possa comportare la rivelazione intempestiva d'informazioni prima della

chiusura della procedura d'assistenza v. DTF 127 II 198 consid. 2b pag. 204 e consid. 4a e rinvii). Ne segue che, confermando la
presenza di magistrati esteri, il MPC non ha violato il diritto federale, né ha abusato del potere di apprezzamento che gli compete (art. 80i cpv. 1 lett. a AIMP).
3.
3.1 Il ricorrente fa valere numerose censure di merito, in particolare un'asserita carenza di motivazione della decisione impugnata riguardo al contenuto e all'ammissibilità del complemento rogatoriale, l'inutilità dei documenti per l'inchiesta estera, il realizzarsi di una ricerca indiscriminata di prove e l'insufficienza dell'esposto dei fatti nel complemento. Queste critiche non possono e non devono essere vagliate in questo stadio della procedura. In effetti, nell'ambito dell'esame di un ricorso incidentale, il principio della celerità (art. 17 cpv. 1 AIMP) impone di risolvere unicamente le questioni suscettibili di comportare un pregiudizio immediato e irreparabile, come in concreto quello della presenza di magistrati esteri, le altre questioni potendo essere sollevate, se del caso, in occasione di una decisione di trasmissione (DTF 130 II 329 consid. 3; causa 1A.172/1999 del 29 settembre 1999, consid. 3e, apparsa in Pra 2000 38 204 seg.).
3.2 Infine nemmeno regge l'assunto ricorsuale secondo cui, in seguito all'asserita scadenza del termine per compiere attività integrative di indagine da parte del Pubblico Ministero milanese, la domanda presenterebbe una grave deficienza secondo l'art. 2 lett. d AIMP e sarebbe quindi inammissibile. Il Tribunale federale, applicando l'art. 2 lett. b CEAG riguardo al rifiuto dell'assistenza per motivi d'ordine pubblico, ha stabilito ch'esso può essere opposto per violazione del diritto di procedura penale straniero solo quando sarebbe lesa nel contempo una garanzia minima della CEDU. Ha poi precisato che, secondo l'art. 430 comma 1 CPP italiano, relativo all'attività integrativa di indagine del Pubblico Ministero successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, indagini nel quadro dell'assistenza giudiziaria sono ammissibili, entro certo limiti, anche dopo l'emissione del decreto stesso (DTF 123 II 153 consid. 5). Esso ha pure rilevato che l'art. 407 comma 3 CPP italiano, relativo ai termini di durata massima delle indagini preliminari, non permette, di regola di rifiutare l'assistenza (DTF 123 II 153 consid. 5e) e ch'esso si riferisce all'inutilizzabilità degli "atti d'indagine" e non a quella delle prove
illegittimamente acquisite secondo l'art. 191 CPP italiano: l'inutilizzabilità delle stesse non è inoltre rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte (cfr. Giovanni Conso/ Vittorio Grevi, Commentario breve al nuovo codice di procedura penale, 3a ed., Padova 1997, n. VI ad art. 407). Del resto la questione di sapere se i documenti possano essere utilizzati nel procedimento aperto in Italia, trattandosi di una questione relativa alla valutazione delle prove, dev'essere risolta dalle autorità italiane (DTF 121 II 241 consid. 2b pag. 244).
4.
Ne segue che il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile. Le spese seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG).

L'emanazione del presente giudizio rende priva di oggetto la domanda di effetto sospensivo (al riguardo cfr. l'art. 80f cpv. 2 secondo periodo, che rinvia all'applicazione, per analogia, dell'art. 80l cpv. 2 e 3 AIMP).
Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.
Il ricorso è inammissibile.
2.
La tassa di giustizia di fr. 5'000.– è posta a carico del ricorrente.
3.
Comunicazione al patrocinatore del ricorrente, al Ministero pubblico della Confederazione e all'Ufficio federale di giustizia, Divisione dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (B 95799).
Losanna, 18 ottobre 2004
In nome della I Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il presidente: Il cancelliere: