Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.179/2003 /bom

Sentenza del 24 febbraio 2004
I Corte di diritto pubblico

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

Parti
Y._____ SA,
ricorrente, patrocinata dagli avv.ti Filippo Ferrari e
Nadir Guglielmoni, studio legale Ferrari Partner,

contro

Direzione generale delle dogane, Monbijoustrasse 40, 3003 Berna.

Oggetto
assistenza giudiziaria internazionale in materia penale alla Germania,

ricorso di diritto amministrativo contro la decisione
dell'8 agosto 2003 della Direzione generale delle dogane.

Fatti:
A.
Il Ministero pubblico di Augsburgo, in Germania, ha inoltrato numerose richieste di assistenza giudiziaria in materia penale all'Ufficio federale di giustizia (UFG) nell'ambito di indagini avviate per frode fiscale e violazione della legge sul commercio estero nei confronti di C._____, D._____, G._____, H._____ ed E._____. Gli inquisiti, con altre persone, avrebbero immesso sui mercati neri dell'Unione europea, dal 1994 ad oggi, notevoli quantitativi di sigarette, disattendendo l'embargo commerciale imposto all'epoca alla ex Jugoslavia. Le sigarette sarebbero state importate e depositate temporaneamente in Svizzera, per poi essere riassortite e, corredate con nuove fatture, spedite in Bulgaria, Macedonia o Slovenia, in parte anche attraverso i Paesi Bassi; la destinazione definitiva era il Montenegro, da dove venivano trasportate in Italia e in Germania. Le transazioni sarebbero state effettuate da una cinquantina di ditte create, tra l'altro, in Svizzera, Liechtenstein, Bulgaria e Montenegro, in parte menzionate dalle Autorità estere, allo scopo di occultare le operazioni. La falsificazione di documenti di spedizione, di trasporto e delle fatture induceva a credere che le sigarette fossero destinate al mercato
bulgaro. In totale sarebbero state sottratte alla Comunità europea entrate fiscali per circa due miliardi di DM.

In tale ambito, la Svizzera ha concesso l'assistenza giudiziaria a più riprese (cfr. segnatamente la causa 1A.247/2000, sentenza del 27 novembre 2000, concernente la richiesta iniziale del 18 settembre 1998).
B.
Il 12 gennaio 2001 il Ministero pubblico di Augsburgo ha presentato una domanda complementare. Con scritto del 21 febbraio 2001 la Direzione generale delle dogane (DGD), cui era stata delegata l'esecuzione della domanda, ha chiesto all'autorità estera di completare la domanda; essa vi ha dato seguito con lettera del 6 marzo 2001, richiamando i fatti esposti nella rogatoria iniziale.
C.

Con decisione di entrata in materia del 23 marzo 2001, la DGD ha ritenuto che si trattava di una truffa in materia fiscale e che si era in presenza di un'infrazione dei divieti secondo la legge federale sulle dogane; ha quindi ordinato alla Banca commerciale di Lugano di trasmettergli la documentazione concernente le società panamensi X._____ SA e Z._____, e la Y._____ SA di Nassau (Bahamas). La DGD ha poi offerto alla Y._____ SA la possibilità di esprimersi sull'esecuzione semplificata della domanda estera: la società vi si è opposta.
D.
Mediante decisione dell'8 agosto 2003 la DGD ha ordinato la trasmissione, conformemente al verbale di sequestro del 16 settembre 2002, dei documenti della citata società.
E.
La Y._____ SA impugna questa decisione con un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. Chiede, in via principale, di annullarla unitamente alla decisione di entrata in materia e di rinviare gli atti alla DGD per nuova decisione; in via subordinata postula di rifiutare la consegna dei documenti sequestrati.

L'UFG e la DGD propongono di respingere il ricorso.

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 129 II 453 consid. 2).
1.2 Interposto tempestivamente contro una decisione di trasmissione di documenti, acquisiti in esecuzione di una domanda di assistenza, resa dall'Autorità federale d'esecuzione, il ricorso di diritto amministrativo, che contro la decisione di trasmissione ha effetto sospensivo per legge (art. 21 cpv. 4 lett. b e 80l cpv. 1 della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, del 20 marzo 1981, AIMP; RS 351.1), è ricevibile dal profilo dell'art. 80g cpv. 1 in relazione con l'art. 25 cpv. 1 AIMP. La legittimazione della ricorrente, titolare del conto oggetto della contestata misura, è pacifica (art. 9a lett. a dell'ordinanza di esecuzione del 24 febbraio 1982, OAIMP; RS 351.11).
1.3 Sulla base della norma speciale dell'art. 25 cpv. 6 AIMP il Tribunale federale non è vincolato dalle censure e dalle conclusioni delle parti; esso esamina liberamente se i presupposti per la concessione dell'assistenza sono adempiuti e in quale misura questa debba esser prestata (DTF 123 II 134 consid. 1d, 118 Ib 269 consid. 2e). Non è tuttavia tenuto, come lo sarebbe un'autorità di vigilanza, a verificare la conformità delle decisioni impugnate con l'insieme delle norme applicabili (DTF 123 II 134 consid. 1d, 119 Ib 56 consid. 1d).
1.4 L'assistenza giudiziaria tra la Germania e la Svizzera è retta dall'omonima Convenzione europea del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1) e dall'accordo complementare concluso il 13 novembre 1969 (RS 0.351.913.61). Il diritto interno, segnatamente la AIMP e l'OAIMP, sono applicabili alle questioni che la prevalente Convenzione internazionale non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza di quello convenzionale (art. 1 cpv. 1 AIMP; DTF 129 II 462 consid. 1.1).
2.
2.1 La ricorrente fa valere in primo luogo una violazione del diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.) e di partecipare al procedimento (art. 80b AIMP), poiché non ha avuto accesso all'incarto completo della rogatoria, segnatamente alla decisione di delega dell'UFG, a quella di entrata in materia della DGD, al verbale di sequestro del 16 settembre 2002, agli allegati del complemento del 12 gennaio 2001, in particolare all'elenco delle norme penali applicabili, e al complemento del 6 marzo 2001.
2.2 Nella risposta al ricorso, la DGD rileva che alcuni atti, segnatamente la richiesta di assistenza del 18 settembre 1998, non sono stati consegnati alla ricorrente, perché non la concernevano. Riguardo agli altri atti indicati dalla ricorrente, nulla le avrebbe impedito, secondo la DGD, di richiederli in seguito e/o di consultarli presso la Direzione di circondario delle dogane. L'autorità federale sostiene che la ricorrente avrebbe potuto farlo dopo essere stata invitata, il 19 dicembre 2002, a esprimere il suo eventuale accordo all'esecuzione semplificata secondo l'art. 80c AIMP, mediante l'istanza di proroga dell'8 gennaio 2003 e lo scritto del 12 giugno seguente, con il quale si è opposta alla procedura semplificata.
2.3 Il ricorso di diritto amministrativo, che in questo caso assume la funzione del ricorso di diritto pubblico secondo l'art. 84 cpv. 1 lett. a OG, permette di far valere anche censure legate alla lesione di diritti costitu-

zionali nell'ambito dell'applicazione del diritto federale (DTF 124 II 132 consid. 2; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 1999, n. 301). Dal diritto di essere sentito, desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost., la giurisprudenza ha dedotto il diritto dell'interessato di esprimersi prima che una decisione sia presa a suo sfavore, di fornire prove sui fatti che possono influenzare la decisione, di poter consultare gli atti di causa, di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di pronunciarsi in merito, come pure di addurre i propri argomenti (DTF 126 I 7 consid. 2b, 15 consid. 2a/aa, 19 consid. 2a, 126 V 130 consid. 2a e b, 124 II 132 consid. 2b). L'autorità che inserisce nel fascicolo processuale nuovi documenti, di cui intende prevalersi nella decisione, deve informarne le parti (DTF 124 II 132 consid. 2b e rinvii).
2.4 La tesi della DGD non regge. Certo, non è ammissibile che il detentore di documenti sequestrati, o il titolare del conto, lasci che l'autorità di esecuzione proceda da sola alla cernita degli atti da trasmettere, senza parteciparvi, per rimproverarle in seguito d'aver disatteso il principio della proporzionalità. L'autorità di esecuzione, anche per evitare eventuali ricorsi, deve tuttavia offrire al detentore dei documenti la possibilità, concreta ed effettiva, di consultarli, di esprimersi nell'ambito della necessaria cernita e di indicare i documenti che non dovrebbero essere trasmessi. Ciò affinché egli possa esercitare il diritto di essere sentito e adempiere al dovere di cooperazione (DTF 126 II 258 consid. 9b/aa pag. 262; cfr. anche DTF 127 II 151 consid. 4c/aa). In assenza di un consenso della ricorrente all'esecuzione semplificata (art. 80c AIMP), l'autorità di esecuzione deve infatti allestire un elenco preciso degli atti da trasmettere, impartendo agli interessati un termine per addurre, riguardo a ogni singolo documento, gli argomenti che secondo loro si opporrebbero alla consegna; solo in seguito essa emanerà una decisione di chiusura accuratamente motivata (causa 1A.223/2003, sentenza del 23 dicembre 2003, consid.
4.3 e 4.4, destinata a pubblicazione in DTF 129 II xxx).
2.5 In concreto la ricorrente, con scritto del 9 settembre 2002, ribadito anche in seguito, aveva espressamente chiesto alla Direzione di circondario delle dogane di Lugano di trasmetterle la rogatoria originale, gli allegati e ogni successiva comunicazione; aveva postulato altresì di essere convocata per poter consultare l'intero incarto. Con lettera del 14 ottobre 2002 la Direzione di circondario le ha confermato che avrebbe avuto "la possibilità di consultare gli atti non appena la nostra Direzione generale a Berna le concederà il diritto di audizione per iscritto, prima dell'invio di un'eventuale decisione di chiusura". Una siffatta comunicazione, verosimilmente a causa di una svista, non è stata emanata nel caso di specie; la possibilità di consultare gli atti è stata per contro concessa, con scritto del 10 giugno 2003, nell'analoga vertenza, al rappresentante della X._____ SA, unitamente all'invito di esprimersi sull'esecuzione semplificata della domanda (causa 1A.183/ 2003, decisa con sentenza odierna).
2.6 Una violazione del diritto di essere sentito, derivante per esempio da un difetto di motivazione o dal mancato accesso agli atti (sul loro esame nell'ambito dell'assistenza vedi l'art. 80b AIMP), può essere sanata, di massima, nell'ambito di una procedura di ricorso, qualora l'autorità di ricorso disponga dello stesso potere di esame (DTF 124 II 132 consid. 2d, 117 Ib 64 consid. 4 pag. 87; cfr. anche DTF 126 I 68 consid. 2 pag. 72; Zimmermann, op. cit., n. 265, 268 e 273).
2.7 In concreto la violazione del diritto di accedere agli atti non può tuttavia essere sanata nell'ambito del ricorso di diritto amministrativo. Non si tratta in effetti della consultazione di un determinato documento, ma di diversi atti della procedura. Spetta infatti alla DGD, e non al Tribunale federale, decidere quali atti, e in che misura, potranno essere consultati dalla ricorrente ed effettuare, se del caso, un'ulteriore cernita. Certo, nella fattispecie gli atti sequestrati sono desumibili dal verbale di sequestro del 16 settembre 2002 e, trattandosi di documenti concernenti il conto bancario della ricorrente, si può presumere ch'essa ne conoscesse il contenuto. Ciò non era tuttavia il caso per gli altri atti rogatoriali, ch'essa intendeva consultare. La DGD non poteva pertanto ritenere che l'opposizione della ricorrente all'esecuzione semplificata della domanda comportasse anche una (implicita) rinuncia a consultare l'incarto. La ricorrente poteva d'altra parte, in buona fede, facendo affidamento sullo scritto del 14 ottobre 2002 della Direzione di circondario, attendere l'annunciata concessione, nella forma scritta, della facoltà di consultare gli atti prima dell'emanazione della decisione di chiusura; a maggior ragione dopo il suo rifiuto di accettare l'esecuzione semplificata del complemento litigioso. Nello scritto del 19 dicembre 2002 la DGD rilevava infatti che, in assenza di un riscontro della ricorrente all'esecuzione semplificata, avrebbe emanato una decisione di chiusura. In considerazione dell'opposizione della ricorrente, la DGD avrebbe quindi dovuto concederle l'accesso agli atti e invitarla a partecipare alla necessaria cernita (v. consid. 2.4). In tali circostanze, la ricorrente non era tenuta a ribadire nuovamente ed espressamente la sua nota richiesta.
3.

Per motivi di economia processuale e visto che le censure di merito sollevate dalla ricorrente sono identiche a quelle proposte nella parallela causa concernente la X._____ SA (causa 1A. 183/2003 decisa con sentenza odierna), cui, per brevità, si rinvia, si può già rilevare in questa sede che le stesse sono infondate. Il Tribunale federale ha infatti respinto le censure relative all'asserita lacunosità del complemento litigioso (consid. 2.2 e 2.3) e alla contestata competenza dell'autorità richiedente (consid. 2.6); ha pure ritenuto adempiuto il requisito della doppia punibilità, ha ammesso che si è in presenza di una truffa in materia fiscale e che i trasporti di sigarette a destinazione del Montenegro erano costitutivi, nel diritto svizzero, di infrazione dei divieti (art. 76 della legge federale sulle dogane, del 1°ottobre 1925, RS 631.0; consid. 2.4). Riguardo ai trasporti di sigarette litigiosi, il Tribunale federale ha concesso infatti più volte l'assistenza (cause 1A.203 e 207/2003, sentenze dell'11 novembre 2003).
4.
Ne segue che il ricorso dev'essere accolto e la decisione impugnata annullata. La causa è rinviata alla DGD affinché si pronunci sulla richiesta della ricorrente di esaminare gli atti. Non si preleva tassa di giustizia (art. 156 cpv. 2 OG). La Direzione generale delle dogane verserà alla ricorrente un'indennità per ripetibili della sede federale, ridotta, visto che le censure di merito sarebbero comunque infondate (art. 159 cpv. 1 OG).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.
Il ricorso è accolto e la decisione impugnata è annullata.
2.
Non si preleva tassa di giustizia. La Direzione generale delle dogane rifonderà alla ricorrente un'indennità di fr. 2'000.– a titolo di ripetibili della sede federale.
3.
Comunicazione ai patrocinatori della ricorrente, alla Direzione generale delle dogane e all'Ufficio federale di giustizia, Divisione dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (B 112 469/01).
Losanna, 24 febbraio 2004
In nome della I Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il presidente: Il cancelliere: