Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1A.177/2004 /viz

Sentenza del 29 novembre 2004
I Corte di diritto pubblico

Composizione
Giudici federali Féraud, giudice presidente,
Reeb, Eusebio,
cancelliere Crameri.

Parti
A._____,
ricorrente, patrocinato dall'avv. dott. Elio Brunetti,
contro

Ufficio federale di giustizia, Divisione dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, Bundesrain 20, 3003 Berna.

Oggetto
assistenza giudiziaria internazionale in materia penale con l'Italia,

ricorso di diritto amministrativo contro la decisione del
30 luglio 2004 dell'Ufficio federale di giustizia.

Fatti:
A.
Il 19 febbraio 2004 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Z._____, nell'ambito del procedimento penale aperto contro B._____ e altri, nel quadro dell'inchiesta per associazione a delinquere finalizzata alla contraffazione della contabilità di società del gruppo X._____, per bancarotte fraudolente e per riciclaggio, ha presentato alla Svizzera una richiesta di assistenza giudiziaria. L'autorità richiedente, ritenuto che ingenti somme di denaro sarebbero state distratte a scapito della società C._____ del citato gruppo e che parte di esse sarebbero transitate o state depositate su conti presso la banca D._____, la banca E._____ e la banca F._____ di Lugano e di Chiasso, ha chiesto il sequestro di qualsiasi somma riconducibile a detti fatti, depositata presso questi istituti di credito, e la consegna della documentazione bancaria dei conti.
B.
Fondandosi sull'art. XVIII cpv. 1 lett. a dell'Accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, del 10 settembre 1998, entrato in vigore il 1°giugno 2003 (RS 0.351.945.41; in seguito: l'Accordo), l'Ufficio federale di giustizia (quale Ufficio centrale), con decisione di entrata in materia e di sequestro del 2 marzo 2004, ha "delegato" l'esecuzione della rogatoria al Ministero pubblico della Confederazione (MPC), competente per istruire procedure in casi di criminalità organizzata e di riciclaggio di denaro (art. 340bis CP). L'UFG ha inoltre posto sotto sequestro conti e averi presso la banca D._____, la banca E._____ e la banca F._____ intestati, tra l'altro, all'indagato A._____, sui quali sono stati effettuati bonifici sospetti, ordinando alle banche di trasmettere al MPC la documentazione di queste relazioni o di altre riferibili ai citati fatti. Infine, l'UFG ha autorizzato le autorità giudiziarie italiane a consultare gli atti sequestrati, qualora la loro presenza fosse necessaria per determinare la rilevanza delle informazioni assunte (dispositivo n. III/3).
Con sentenza 1A.61/2004 del 13 aprile 2004 il Tribunale federale ha accolto, in quanto ammissibile, un ricorso sottopostogli da A._____ e ha annullato il citato dispositivo limitatamente al conto n. xxx presso la banca D._____, intestato al ricorrente.

C.
Il 14 giugno 2004 A._____ ha consentito all'esecuzione semplificata riguardo alla documentazione bancaria relativa a un suo conto presso la banca F._____ indicato nella domanda estera; si è per converso opposto alla consegna dei documenti del conto xxx. Mediante decisione incidentale del 30 luglio 2004 l'UFG, in accoglimento di una richiesta complementare del 23 luglio 2004 della menzionata Procura, ha autorizzato la presenza di rappresentati dell'autorità estera alla cernita degli atti, invitando il titolare del conto e il MPC a parteciparvi.
D.
A._____ impugna questa decisione con un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. Chiede, in ordine, di concedere effetto sospensivo al gravame, nel senso di sospendere l'esecuzione della rogatoria riguardo al sequestro del conto xxx e alla partecipazione di magistrati esteri alla cernita degli atti. Nel merito, postula di annullare la decisione dell'UFG, adducendone la nullità assoluta, poiché non emanata dal MPC, cui l'UFG aveva delegato l'esecuzione della rogatoria.
L'UFG propone di dichiarare inammissibile il ricorso. Con scritto del 4 ottobre 2004 il ricorrente, al quale è stata concessa la facoltà di esprimersi sulla corrispondenza intervenuta tra l'UFG e il MPC in merito alle rispettive competenze, ha ribadito le sue conclusioni.

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 65 consid. 1).
1.2 La decisione impugnata, che autorizza la presenza di magistrati esteri alla cernita degli atti bancari costituisce una decisione incidentale. Secondo l'art. 80e lett. b della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale, del 20 marzo 1981 (AIMP; RS 351.1), sono impugnabili separatamente le decisioni incidentali anteriori a quella finale che producono un pregiudizio immediato e irreparabile mediante il sequestro di beni (n. 1) o mediante la presenza di persone che partecipano al processo estero (n. 2; l'elenco dei pregiudizi è, di massima, esaustivo; DTF 127 II 198 consid. 2b, 126 II 495 consid. 5a-d). Occorre però rilevare che un tale pregiudizio deve rimanere un'eccezione (FF 1995 III 3; DTF 126 II 495 consid. 3 e 5). Secondo la giurisprudenza, in questo ambito il ricorso di diritto amministrativo è ammissibile solo in via eccezionale (DTF 128 II 211 consid. 2.1): spetta inoltre al ricorrente rendere verosimile, sulla base di elementi specifici e concreti, che il sequestro di beni o valori o la presenza di persone che partecipano 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).
1.3 Il ricorrente fa valere che l'UFG, avendo delegato l'esecuzione della rogatoria al MPC, sarebbe stato incompetente a emanare la decisione litigiosa, viziata pertanto da nullità assoluta: spettava quindi all'autorità delegata valutare, e all'occorrenza autorizzare, la contestata partecipazione di magistrati esteri alla cernita. L'assunto ricorsuale manifestamente non regge e la censura dev'essere respinta.
1.3.1 In effetti, nella decisione impugnata l'UFG rileva che, nonostante la formulazione imprecisa adottata nella decisione di entrata in materia del 2 marzo 2004 secondo cui "delegava l'esecuzione della richiesta di assistenza al MPC", intendeva unicamente deferire l'esecuzione materiale della domanda, riservandosi la competenza di emanare la decisione di chiusura, come avvenuto nelle altre rogatorie nel cosiddetto affare X._____. Questa opinione, nel senso che al MPC è stata delegata solo l'esecuzione delle misure coercitive, ossia la raccolta della documentazione bancaria, mentre la cernita degli eventuali atti da trasmettere rimaneva di competenza dell'UFG, è stata espressamente condivisa, con scritto del 2 settembre 2004, anche dal MPC: non si è quindi in presenza di un conflitto positivo di competenze. Per di più, secondo la normativa in vigore (cfr. per la disciplina previgente l'art. 26vAIMP), l'implicita critica concernente la delega (nella fattispecie parziale) dell'esecuzione di una domanda d'assistenza giudiziaria a un'autorità federale non più essere impugnata (art. 17 cpv. 4 in relazione con l'art. 79 cpv. 2 e 4 e l'art. 26 AIMP; FF 1995 III pag. 21 all'art. 26, e pag. 28 all'art. 79; cfr. anche l'art. 78 cpv. 4
AIMP).
Nella risposta al ricorso l'UFG ribadisce la sua competenza a decidere sulle domande di assistenza nelle pratiche di particolare importanza relative alla criminalità organizzata, ai casi di corruzione o ad altri gravi reati,

quale Ufficio centrale, conformemente a quanto stabilito dall'art. XVIII cpv. 1 lett. a dell'Accordo. Certo, l'imprecisa formulazione adottata dall'UFG poteva trarre in inganno il ricorrente: i chiarimenti appena citati, sui quali questi ha potuto esprimersi, dimostrano tuttavia che la sua competenza è manifesta e che il MPC è stato semplicemente incaricato di effettuare le necessarie misure coercitive. Per di più, essa non comporta alcun pregiudizio per il ricorrente, ritenuto che sia le decisioni del MPC sia quelle dell'UFG, che con ogni evidenza è l'autorità competente nel caso in esame (v. l'art. XVIII cpv. 1 lett. a dell'Accordo; cfr. anche l'art. 79 cpv. 2 AIMP, secondo cui l'UFG può deferire l'esecuzione parziale o totale della domanda all'autorità federale che sarebbe stata competente a reprimere se il reato fosse stato commesso in Svizzera), sono impugnabili, entro lo stesso termine, dinanzi al Tribunale federale (art. 80g e art. 80k AIMP; cfr. DTF 118 Ia 336 consid. 2; sentenza 1A.115/1996 del 16
gennaio 1997, consid. 8, nota al patrocinatore del ricorrente). Del resto, l'istituzione dell'Ufficio centrale secondo gli art. XVIII e XIX dell'Accordo costituisce una delle principali misure atte ad accelerare la procedura di assistenza (messaggio del Consiglio federale del 14 dicembre 1998, FF 1999 II 1237 e segg., 1263 e seg.). È manifesto che l'UFG, quale Ufficio centrale, quando non disbrighi esso medesimo la domanda, nella decisione di entrata in materia possa designare l'autorità cantonale o federale incaricata dell'esecuzione della richiesta (art. 80a e 79a AIMP in relazione con l'art. 34a OAIMP), come per esempio della raccolta di documenti bancari o dell'audizione di testimoni; al termine dell'esecuzione l'UFG emanerà la decisione di chiusura. Del resto, nella decisione di entrata in materia del 2 marzo 2004, l'UFG ha espressamente indicato i provvedimenti che il MPC doveva eseguire (dispositivo n. II/1-8) e precisato che quest'ultimo doveva poi trasmettergli gli inserti rogatoriali (dispositivo n. III/5). Le generiche censure ricorsuali, di natura meramente dilatoria, sono quindi prive di ogni fondamento e, su questo punto, il ricorso dev'essere respinto.

1.3.2 La circostanza, addotta dal ricorrente, fondata su un'altra fattispecie, secondo cui nella decisione 1A.61/2004 del 13 aprile 2004 il Tribunale federale aveva rilevato, comunque solo a titolo abbondanziale, che sarebbe spettato al MPC, incaricato dell'esecuzione, conformemente all'imprecisa formulazione adottata dall'UFG, decidere sulla presenza dell'autorità estera alla cernita (consid. 2.6), non è decisiva. La questione della "delega" non si poneva e non era litigiosa. Il ricorso del ricorrente era stato in effetti accolto perché, allora, né l'autorità italiana aveva chiesto, come previsto dall'art. IX dell'Accordo, di poter partecipare alla cernita né l'UFG aveva fondato tale presenza sull'art. 65a cpv. 2 AIMP: esso, prima dell'esecuzione della rogatoria, non poteva pertanto rilasciare autorizzazioni indeterminate (consid. 2.3-2.5). Nella decisione impugnata, l'UFG ha per converso autorizzato la criticata presenza dopo che la banca gli ha trasmesso, per il tramite del MPC, la documentazione del conto litigioso e dopo che il ricorrente ha precisato che su detta relazione non sarebbero transitati fondi sospetti, ma unicamente somme derivanti da una sua attività commerciale collaterale svolta tra il 1980 e il 1998, periodo
antecedente a quello descritto nella rogatoria iniziale. Le considerazioni esposte nell'invocata sentenza, riferibili a una fattispecie diversa, non sono quindi determinanti.

2.

2.1 Anche le critiche concernenti la partecipazione di magistrati esteri alla cernita, manifestamente, non reggono. Infatti, di massima, contrariamente all'assunto ricorsuale fondato su una prassi ormai superata, 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 venire a conoscenza di fatti inerenti alla sfera segreta prima che l'autorità competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza. Come ripetutamente stabilito dalla giurisprudenza, questo rischio, di regola, può 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; sentenza 1A.217/2004 del 18 ottobre 2004, consid. 2.5-2.8; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2a ed., Berna 2004, 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.). L'UFG potrà, se del caso, omettere di sotto-

porre loro determinati documenti o escluderne momentaneamente la presenza (DTF 118 Ib 547 consid. 6c pag. 562).
2.2 In concreto, nella domanda integrativa del 23 luglio 2004, l'autorità rogante ha espressamente chiesto, fondandosi sull'art. IX dell'Accordo, di poter partecipare alla cernita degli atti, "se necessario". Il ricorrente, richiamando l'espressione "se necessario" utilizzata dall'autorità, ne deduce che tale presenza non sarebbe necessaria e, quindi, nemmeno utile: non sarebbero pertanto adempiuti i presupposti dell'art. 65a cpv. 2 AIMP, secondo cui una siffatta presenza può essere ammessa qualora possa agevolare considerevolmente l'esecuzione della domanda o il procedimento penale all'estero. Con quest'argomentazione egli disattende che la criticata partecipazione non si fonda sull'art. 65a AIMP ma, espressamente, sull'art. IX dell'Accordo. 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, fattispecie non addotta dal ricorrente né ravvisabile in concreto, non prevede altre riserve alla sua applicazione. Insistendo sulla citata espressione, il ricorrente misconosce, d'altra parte, che la partecipazione costituisce una facoltà e non un obbligo dello Stato richiedente. Neppure il principio della
proporzionalità, richiamato dal ricorrente, a un esame "prima facie", parrebbe essere disatteso, la richiesta non apparendo d'acchito manifestamente infondata (cfr. DTF 130 II 329 consid. 3, 5 e 6). In effetti, nel citato complemento, l'autorità italiana ha ribadito il coinvolgimento del ricorrente nelle sospettate attività criminose, ha chiesto il sequestro di eventuali conti a lui riconducibili e non ancora conosciuti allo stadio attuale delle indagini, qualora dovessero risultare dall'esecuzione della rogatoria, e ha postulato anche il sequestro degli importi depositati prima del 1990; ha inoltre rilevato che il mancato sequestro di beni appartenenti al ricorrente da parte di una Sezione civile del Tribunale di Z._____ non avrebbe alcuna rilevanza in sede penale. L'utilità potenziale dei documenti del conto litigioso intestato al ricorrente, indagato nel procedimento penale estero, non può essere esclusa d'acchito; la loro disponibilità può rendere superfluo l'inoltro di un'eventuale richiesta complementare (DTF 121 II 241 consid. 3a pag. 243 e rinvii).
2.3 Il ricorrente sostiene, infine, che nel complemento del 23 luglio 2004 l'autorità estera si sarebbe semplicemente impegnata a non utilizzare le informazioni acquisite dalla presenza alla cernita prima dell'emanazione di una decisione definitiva di chiusura della procedura di assistenza; ciò non rappresenterebbe tuttavia un obbligo formale. La censura, speciosa, non regge. Tenuto conto del principio della buona fede vigente tra gli Stati, l'impegno assunto dall'Italia, che dev'essere valutato in relazione all'art. IX cpv. 3 dell'Accordo, secondo cui i rappresentanti delle autorità estere non possono utilizzare nello Stato richiedente, per indagini o come mezzi di prova, le informazioni inerenti a una sfera protetta da segreto portate a loro conoscenza, prima che l'autorità competente abbia deciso definitivamente sulla concessione e l'estensione dell'assistenza, è sufficiente (cfr., nel caso in cui tale garanzia non sia espressamente prevista da un accordo complementare, DTF 128 II 211 consid. 2.1 pag. 216; sull'osservanza del principio della specialità da parte dell'Italia v. DTF 124 II 184 consid. 5 e 6). Questa garanzia essendo sufficiente per evitare il realizzarsi di un pregiudizio immediato e irreparabile, il ricorso, su
questo punto, dev'essere dichiarato inammissibile. È infatti palese 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).
2.4 La criticata partecipazione permetterà inoltre al ricorrente di far valere immediatamente eventuali motivi, addotti con le sue censure di merito, segnatamente riguardo alle dichiarazioni dell'indagato G._____ e all'asserita estraneità del conto litigioso ai fatti oggetto d'indagine, 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).
2.5 Le censure di merito 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 relazione a una decisione di trasmissione (DTF 130 II 329 consid. 3; sentenza 1A.172/1999 del 29 settembre 1999, consid. 3e, apparsa in Pra 2000 38 204 seg.). Certo, il ricorrente accenna al fatto che il Procuratore federale avrebbe dissuggellato la busta contenente la documentazione bancaria del conto litigioso: anche questa

censura, premesso che mal si comprendono i motivi dell'apposizione dei suggelli (v. DTF 127 II 151 consid. 5a), non dev'essere esaminata in questo stadio della procedura (DTF 127 II 151 consid. 4c/bb e 4d/bb, 130 II 302 consid. 3.2; cfr. sentenza 1A.283/2003 del 18 novembre 2004, consid. 3.2). Spetterà nondimeno all'UFG risolverla prima che le autorità estere partecipino alla cernita dei documenti bancari.
2.6 Ne segue che, in quanto ammissibile, il ricorso dev'essere respinto. Le spese seguono la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG).
2.7 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.
Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto.
2.
La tassa di giustizia di fr. 5'000.– è posta a carico del ricorrente.
3.
Comunicazione al patrocinatore del ricorrente, all'Ufficio federale di giustizia, Divisione dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (B 147 265) e, per conoscenza, al Ministero pubblico della Confederazione.
Losanna, 29 novembre 2004
In nome della I Corte di diritto pubblico
del Tribunale federale svizzero
Il giudice presidente: Il cancelliere: