

Bundesstraengericht
Tribunal p6nal f6d6ral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numero dell'incarto: RR.2009.316

Sentenza del 9 aprile 2010

Il Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali Cornelia Cova, Presidente,
Roy Garr6 e Giuseppe Muschietti,
Cancelliere Giampiero Vacalli

Parti

A. SA, rappresentata dall'avv. Nadir Guglielmoni,

Nadir GUGLIELMONI,

Ricorrenti

contro

MINISTERO PUBBLICO DEL CANTONE TICINO,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
all'Italia

Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Fatti:

- A.** Il 21 ottobre 2008 la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Mantova ha presentato alla Svizzera una domanda d'assistenza giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di B., C., D., E., F., G., H., I. per i reati di associazione a delinquere finalizzata alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 416 e 640 *bis* CP italiano). L'autorità rogante ha individuato presunte frodi commesse nell'ambito del finanziamento, da parte del fondo comunitario europeo "SAPARD", di un progetto della J. S.r.l. concernente la realizzazione di un impianto di produzione vinicola in Romania. Con la sua domanda di assistenza l'autorità rogante ha postulato la perquisizione di un conto in Svizzera intestato alla A. SA, a Chiasso, con sequestro della relativa documentazione, nonché la raccolta di ogni informazione utile riguardante detta società e i suoi eventuali rapporti con gli indagati.
- B.** Mediante decisione del 13 gennaio 2009, il Ministero pubblico del Cantone Ticino è entrato in materia sulla domanda presentata dall'autorità italiana ordinando: la perquisizione del conto IBAN 1 (SWIFT Code 2) presso la banca K., a Chiasso, con sequestro della relativa documentazione bancaria; la trasmissione di un estratto completo relativo alla A. SA di Chiasso; l'interrogatorio in qualità di testimone di L.
- C.** Con decisione di chiusura del 10 settembre 2009 l'autorità d'esecuzione ha accolto la rogatoria, autorizzando la trasmissione all'autorità richiedente dei seguenti documenti: estratto del Registro di commercio del 20 gennaio 2009 relativo alla A. SA; documentazione concernente il conto bancario IBAN 1 presso la banca K. a Chiasso, previo oscuramento dei nominativi delle persone estranee al procedimento penale italiano; verbale d'interrogatorio in qualità di testimone di L.; verbale di sequestro del 3 giugno 2009 con documenti sequestrati.
- D.** Il 12 ottobre 2009 A. SA e l'avv. Nadir Guglielmoni hanno interposto ricorso contro la suddetta decisione dinanzi alla II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale postulandone l'annullamento.

A conclusione delle loro osservazioni del 3 e 5 novembre 2009 il Ministero pubblico ticinese risp. l'Ufficio federale di giustizia (in seguito: UFG) hanno postulato la reiezione del gravame nella misura della sua ammissibilità.

- E.** Con memoriale di replica del 23 novembre 2009 i ricorrenti si sono riconfermati nelle conclusioni espresse nel ricorso.

Diritto:

1.

- 1.1** In virtù degli art. 28 cpv. 1 lett. e della legge sul Tribunale penale federale del 4 ottobre 2002 (LTPF; RS 173.71) e 9 cpv. 3 del relativo Regolamento (RS 173.710) il primo grado di giurisdizione ricorsuale in materia di assistenza giudiziaria internazionale compete alla II Corte dei reclami penali.
- 1.2** I rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale fra la Repubblica Italiana e la Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, entrata in vigore il 12 giugno 1962 per l'Italia ed il 20 marzo 1967 per la Svizzera (CEAG; RS 0.351.1), dall'Accordo che completa e agevola l'applicazione della CEAG del 10 settembre 1998 (RS 0.351.945.41), entrato in vigore mediante scambio di note il 1° giugno 2003 (in seguito: l'Accordo italo-svizzero) nonché, a partire dal 12 dicembre 2008 (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 327/15-17, del 5 dicembre 2008), dagli art. 48 e segg. (in materia di altra assistenza) dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS). Alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto in detti trattati non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello patrizio (cosiddetto principio di favore), si applicano la legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP; RS 351.1), unitamente alla relativa ordinanza (OAIMP; RS 351.11; v. art. 1 cpv. 1 AIMP, art. I n. 2 dell'Accordo italo-svizzero; DTF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 134 consid. 1a; 122 II 140 consid. 2). Il principio di favore vale anche nell'applicazione delle pertinenti norme di diritto internazionale (v. art. 48 CAS). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 123 II 595 consid. 7c, con rinvii dottrinali).
- 1.3** Il ricorso è stato tempestivamente interposto contro una decisione di consegna di mezzi di prova secondo l'art. 74 AIMP, resa dall'autorità cantonale di esecuzione. I requisiti di ammissibilità di cui agli art. 80k, così come 80e cpv. 1 in relazione con l'art. 25 AIMP, sono pacificamente dati.
- 1.4** La ricevibilità del gravame presuppone tuttavia anche la legittimazione a ricorrere degli insorgenti giusta l'art. 80h AIMP. In base a quest'ultima disposizione, oltre all'UFG (art. 80h lett. a AIMP), ha diritto di ricorrere chiunque è toccato personalmente e direttamente da una misura d'assistenza giudi-

ziaria e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della stessa (art. 80h lett. b AIMP; v. anche l'art. 21 cpv. 3 AIMP per quanto concerne le persone contro cui è diretto il procedimento penale all'estero). Il concetto di persona toccata ai sensi dei predetti articoli di legge trova concretizzazione sia nella giurisprudenza che all'art. 9a OAIMP. Per essere considerato personalmente e direttamente toccato da una misura di assistenza giudiziaria internazionale, il ricorrente deve avere un legame sufficientemente stretto con la decisione litigiosa (DTF 123 II 161 consid. 1 d/aa). L'interesse da cui rampolla la qualità per agire può essere giuridico o fattuale. Esso non deve necessariamente corrispondere a quello tutelato dalla norma invocata. Occorre però che il ricorrente sia toccato più di altri, rispettivamente del collettivo degli amministrati, in un interesse importante, risultante dalla sua posizione per rapporto all'oggetto della contestazione. Un interesse degno di protezione esiste allorquando la situazione di fatto o di diritto del ricorrente può essere influenzata dall'esito della causa: è necessario che un eventuale accoglimento del ricorso gli procuri un vantaggio di natura economica, materiale oppure ideale. Il ricorso proposto soltanto nell'interesse della legge oppure di un terzo non è ammissibile (DTF 126 II 258 consid. 2d; 125 II 356 consid. 3b/aa; 124 II 409 consid. 1 e/bb, 499 3b pag. 504; 123 II 115 consid. 2a). Più concretamente, nel caso di una richiesta d'informazioni su un conto bancario è considerato personalmente e direttamente toccato il titolare del conto (v. art. 9a lett. a OAIMP; DTF 118 Ib 547 consid. 1d), così come nelle perquisizioni domiciliari questa qualità spetta al proprietario o al locatario (v. art. 9a lett. b OAIMP), rispettivamente nell'ambito di misure concernenti un veicolo a motore al detentore dello stesso (v. art. 9a lett. c OAIMP). In via giurisprudenziale è stato altresì precisato che la legittimazione a ricorrere compete alla persona direttamente sottoposta a una misura coercitiva (perquisizione, sequestro o interrogatorio; DTF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 127 II 198 consid. 2d; 126 II 258 consid. 2d; 124 II 180 consid. 1b; TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82), mentre gli interessati toccati solo in maniera indiretta, come ad esempio il mero avente diritto economico di un conto bancario, non possono impugnare tali provvedimenti (DTF 122 II 130 consid. 2b e rinvii). Per lo stesso motivo, nel caso di documenti in possesso di terzi, soltanto questi ultimi in quanto loro possessori possono contestare il sequestro degli stessi, anche se i documenti in questione concernono un'altra persona contro la quale è pendente un procedimento penale estero (DTF 123 II 161 consid. 1d; 116 Ib 106 consid. 2a; TPF 2007 79 consid. 1.6). Secondo la giurisprudenza, questo vale parimenti nel caso di documentazione bancaria detenuta da un avvocato o da una fiduciaria in ragione di un mandato (sentenza del Tribunale federale 1A.293/2004 del 18 marzo 2005, consid. 2.3; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.101 del 12 luglio 2007, consid. 2.1). La persona perseguita all'estero non può ricorrere contro misure che tocchino terzi (DTF 116 Ib 106 consid. 2a/aa; 110 Ib 387 consid. 3b). La

legittimazione a impugnare la trasmissione di verbali d'interrogatorio spetta, di massima, unicamente al teste sottoposto direttamente alla misura coercitiva e solo nella misura in cui è chiamato a fornire informazioni che lo concernono personalmente o che si prevale del suo diritto di non testimoniare (DTF 126 II 258 consid. 2d/bb; 122 II 130 consid. 2b; 121 II 459; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ed., Berna 2009, n. 526 e n. 532). Un terzo, per contro, non è legittimato a contestare la consegna di un verbale d'audizione allo Stato richiedente neppure quando le affermazioni ivi contenute lo tocchino personalmente. È ammessa un'eccezione a questa prassi solo per il titolare del conto oggetto della domanda di assistenza e solo in quanto le informazioni contenute nel verbale possano essere equiparate a una trasmissione di documenti concernenti la relazione e il titolare sarebbe stato, in tal caso, legittimato a impugnarne la trasmissione (DTF 124 II 180 consid. 2; sentenza del Tribunale federale 1A.282/2005 del 30 aprile 2007, consid. 2.3.1 nonché 1A.141/1998 del 9 febbraio 1999 consid. 2a, apparsa in: Rep 1999 pag. 123).

Alla luce di quanto esposto, A. SA (in seguito: la ricorrente o insorgente) è legittimata a ricorrere contro la trasmissione di tutti gli atti oggetto della decisione impugnata, inclusi il verbale d'interrogatorio del 25 novembre 2008 concernente L., dato che contiene informazioni su operazioni intervenute mediante il conto bancario della A. SA, nonché il verbale di sequestro del 3 giugno 2009, nella misura in cui il provvedimento in questione ha colpito L. nella sua qualità di organo della A. SA. L'avv. Nadir Guglielmoni (in seguito: il ricorrente) è legittimato a ricorrere contro la trasmissione della documentazione sequestrata in occasione dell'interrogatorio di cui sopra, nella misura in cui egli ritiene (v. ricorso pag. 15) che tali atti siano coperti dal segreto professionale dell'avvocato.

2. Secondo l'esposto ricorsuale la domanda di assistenza avversata sarebbe da respingere siccome generica, incompleta, lacunosa e contraddittoria, ritenuto che la descrizione dei fatti non conterrebbe alcuna informazione che permetterebbe di stabilire, con la necessaria sufficiente certezza, l'esistenza di un legame tra le presunte infrazioni commesse all'estero e la relazione bancaria oggetto della misura rogatoria.
- 2.1 Gli art. 14 CEAG e 28 AIMP esigono in sostanza che la domanda di assistenza indichi il suo oggetto, il motivo, la qualificazione giuridica dei reati, presentando altresì un breve esposto dei fatti essenziali, al fine di permettere allo Stato rogato di verificare che non sussistano condizioni ostative all'assistenza (DTF 129 II 97 consid. 3; 118 Ib 111 consid. 5b pag. 121, 547 consid. 3a; 117 Ib 64 consid. 5c pag. 88). In questo ambito, non si può tut-

tavia pretendere dallo Stato richiedente la presentazione di un esposto dei fatti totalmente esente da lacune o contraddizioni, visto che lo scopo della rogatoria è proprio quello di chiarire punti oscuri relativi alle fattispecie oggetto d'indagine all'estero, fermo restando che la verifica delle condizioni per la concessione dell'assistenza deve rimanere possibile (v. DTF 117 Ib 64 consid. 5c, con giurisprudenza citata). Ciò non implica per lo Stato richiedente l'obbligo di provare la commissione del reato, ma solo quello di esporre in modo sufficiente le circostanze sulle quali fonda i propri sospetti, in modo tale da escludere che sussista un'inammissibile ricerca indiscriminata di prove (v. su questo tema DTF 129 II 97 consid. 3.1; 125 II 65 consid. 6b/aa pag. 73; 122 II 367 consid. 2c). L'esame della colpevolezza è riservato al giudice straniero del merito, non a quello svizzero dell'assistenza (DTF 113 Ib 276 consid. 3a; 112 Ib 576 consid. 3).

- 2.2** Dalla rogatoria del 21 ottobre 2008 (v. atto 1, allegato pag. 2 e segg., MP/TI) risultano con sufficiente chiarezza sia i fatti indagati all'estero che il legame tra questi ed il conto della A. SA. Le autorità inquirenti italiane sono state informate dalla Commissione europea dell'esistenza di presunte frodi relative alla realizzazione di impianti vinicoli in Romania finanziati dal fondo comunitario SAPARD, programma speciale di preadesione per lo sviluppo rurale ed agricolo. Una delle beneficiarie del summenzionato fondo sarebbe stata la J. S.r.l., con sede a Focsani (Romania). Essa avrebbe presentato un progetto avente quale oggetto la realizzazione di un impianto di produzione vinicola in Câmpineanca (Romania) per un importo complessivo di EUR 1'990'193.29 così finanziato: contributo pubblico di EUR 995'096.64 (EUR 746'322.48 dall'Unione Europea e EUR 248'774.16 dallo Stato rumeno) e contributo della J. S.r.l. di EUR 995'096.65. Il contratto SAPARD risulterebbe sottoscritto dall'indagato C. La J. S.r.l. avrebbe presentato una richiesta di finanziamento all'Ufficio regionale SAPARD il 13 maggio 2003, accompagnata da uno studio di fattibilità e dal piano commerciale per la realizzazione dell'impianto. Il progetto è stato approvato con modificazioni il 2 settembre 2003 per l'importo di EUR 1'990'193.29. Tra la documentazione allegata al progetto vi sarebbe stata una garanzia datata 1° aprile 2003 emessa dalla banca M. di Ravenna, nonché un contratto che si sarebbe riferito ad un prestito stipulato il 28 gennaio 2004 di EUR 1'000'000.- erogato dalla A. SA, prestito incrementato poi sino a raggiungere, in data 1° settembre 2004, un importo di EUR 1'600'000.-. La ricorrente rileva giustamente la contraddizione legata alle date, visto che è effettivamente improbabile che il 2 settembre 2003 si potesse far riferimento ad un mutuo stipulato cinque mesi dopo. Tale contraddizione, tuttavia, non inficia la validità della rogatoria, nella misura in cui l'esposto dei fatti, nel suo insieme, risulta coerente e comprensibile, permettendo di delineare i fatti ed i reati ipotizzati dalle autorità italiane. In sostanza, quest'ultime sospettano che la J. S.r.l. non abbia avuto risorse proprie per la realizzazione del progetto in discus-

sione, facendo capo a diversi prestiti, fornendo così indicazioni non veritiere circa la sua situazione finanziaria. Oltre a ciò, la J. S.r.l. non avrebbe rispettato, per quanto concerne l'acquisto dell'impianto vinicolo, la procedura obbligatoria che prevedeva l'invio di almeno tre offerte da tre diverse società, al fine di individuare quella più conveniente. Essa avrebbe sì ricevuto tre offerte di vendita, ma da tre società collegate tra loro (v. atto 1, allegato pag. 3 e 4, MP/TI), vanificando quindi l'attività di selezione prevista. Visto quanto precede, l'esposto dei fatti contenuto nella rogatoria del 21 ottobre 2008 adempie certamente le esigenze legali richieste.

3. Censurata viene anche la violazione del principio della doppia punibilità, ritenuto che agli indagati verrebbe soltanto rimproverato il non rispetto di disposizioni di mero carattere amministrativo, giacché contenute in una "Guida per richiedenti un finanziamento SAPARD", ciò che a priori escluderebbe la truffa e la violazione di atti normativi vincolanti. Posto inoltre che agli indagati non verrebbe in nessun modo imputato l'ottenimento di finanziamenti pubblici senza aver poi effettivamente realizzato i progetti in discussione, essa evidenzia che la domanda di assistenza verterebbe piuttosto su reati di carattere fiscale.

3.1 Aderendo alla CEAG, la Svizzera ha posto il principio della doppia punibilità quale condizione all'esecuzione di ogni commissione rogatoria esigente l'applicazione di una qualsiasi misura coercitiva (v. art. 5 n. 1 lett. 1 CEAG e la riserva formulata mediante l'art. 3 del decreto federale del 27 settembre 1966 che approva la Convenzione del Consiglio d'Europa, RU 1967 p. 893 e segg.). L'art. X n. 1 dell'Accordo italo-svizzero prevede a sua volta che l'assistenza giudiziaria consistente in una misura coercitiva è concessa solo se il fatto che ha dato luogo alla commissione rogatoria è punibile secondo il diritto dei due Stati. Nel diritto interno, tale principio è espresso all'art. 64 cpv. 1 AIMP.

Nell'ambito dell'esame della doppia punibilità, l'autorità non si scosta dall'esposto dei fatti contenuto nella domanda, fatti salvi gli errori, le lacune o altre contraddizioni evidenti ed immediatamente rilevati (DTF 132 II 81 consid. 2.1; 118 Ib 111 consid 5b pag. 121 e seg.). Il Tribunale non deve procedere a un esame dei reati e delle norme penali menzionati nella domanda di assistenza, ma deve semplicemente vagliare, limitandosi a un esame "prima facie", se i fatti addotti nella domanda estera - effettuata la dovuta trasposizione - sarebbero punibili anche secondo il diritto svizzero, ricordato che la punibilità secondo il diritto svizzero va determinata senza tener conto delle particolari forme di colpa e condizioni di punibilità da questo previste (DTF 124 II 184 consid. 4b/cc pag. 188; 118 Ib 543 consid. 3b/aa pag. 546; 116 Ib 89 consid. 3b/bb; 112 Ib 576 consid. 11b/bb

pag. 594). I fatti incriminati non devono forzatamente essere caratterizzati, nelle due legislazioni toccate, dalla medesima qualificazione giuridica (DTF 124 II 184 consid. 4b/cc pag. 188).

- 3.2** L'art. 2 lett. a CEAG permette di rifiutare l'assistenza giudiziaria allorché la domanda si riferisce a reati considerati dalla Parte richiesta come reati fiscali. Ciò è ribadito all'art. IV n. 2 Accordo italo-svizzero. Secondo l'art. 3 cpv. 3 AIMP, la domanda è irricevibile se il procedimento verte su un reato che sembra volto a una decurtazione di tributi fiscali o viola disposizioni in materia di provvedimenti di politica monetaria, commerciale o economica. Tuttavia, si può dar seguito a una domanda in ambito di "altra assistenza" se il procedimento verte su una truffa in materia fiscale. Quest'ultima deve essere interpretata sulla base dell'art. 14 cpv. 2 DPA, disposizione applicabile in virtù del rinvio previsto all'art. 24 cpv. 1 OAIMP. Una truffa fiscale è realizzata se l'autore, mediante inganno astuto, fa sì che l'ente pubblico si trovi defraudato di una tassa, un contributo o un'altra prestazione o venga a essere altrimenti pregiudicato nei suoi interessi patrimoniali (DTF 125 II 250 consid. 3a). La nozione d'inganno astuto corrisponde sostanzialmente a quella applicata in ambito di truffa ai sensi dell'art. 146 CP (DTF 126 IV 165 consid. 2a; TPF 2008 128 consid. 5.4). Quando la domanda è presentata per il perseguimento di una truffa fiscale, la Svizzera, in qualità di Stato richiesto, deroga alla regola secondo la quale l'autorità d'esecuzione non deve determinarsi sulla realtà dei fatti (DTF 118 Ib 111 consid. 5b). Pur senza dover fornire prove indiscutibili sulla colpevolezza della persona perseguita, lo Stato richiedente deve sostanziare l'esistenza di sufficienti sospetti circa la commissione di una truffa fiscale (DTF 125 II 250 consid. 5b; 118 Ib 111 consid. 5b). Tali particolari esigenze hanno come scopo quello di evitare che le norme ostative all'assistenza in materia economica e fiscale vengano aggirate (TPF 2007 150 consid. 3.2.4). Lo Stato richiedente non deve necessariamente allegare alla domanda i mezzi di prova. È sufficiente ch'esso li indichi e ne renda verosimile l'esistenza (v. sentenza del Tribunale federale 1A.183/1995 del 13 ottobre 1995, consid. 2d, citata da ZIMMERMANN, op. cit., pag. 599 n. 644 nota 689). Questo vale però solo in ambito di fiscalità diretta, visto che in base all'art. 50 n. 1 CAS in materia di imposte indirette la distinzione fra evasione e frode fiscale non costituisce più una discriminante di rilievo in materia di assistenza giudiziaria internazionale (v. RUDOLF WYSS, *Neuerungen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Rahmen von Schengen*, in S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny [ed.], *Schengen in der Praxis, Erfahrungen und Ausblicke*, Zurigo/San Gallo 2009, pag. 338; LAURENT MOREILLON, *La coopération judiciaire pénale dans l'Espace Schengen*, in Laurent Moreillon [ed.], *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne*, Basilea 2008, pag. 438 e 470 e seg.; ANDREA PEDROLI, *Lo scambio di informazioni fiscali (assistenza amministrativa e giudiziaria) negli Accordi bilaterali II*, in

Accordi bilaterali Svizzera – Unione europea, Atti della giornata di studio del 4 giugno 2007, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi [CFPG], Collana rossa vol. 23, Basilea 2009, pag. 76-77).

3.3 Come evidenziato in precedenza (v. supra consid. 2.2), la richiesta d'assistenza descrive i comportamenti delle diverse persone intervenute riferendosi peraltro a prove raccolte nel corso dell'inchiesta italiana. In diritto svizzero, tali azioni, la cui ampiezza è stata sufficientemente dimostrata dallo Stato richiedente, possono senz'altro essere qualificate di macchinazioni fraudolente destinate a truffare lo Stato che, indotto in errore mediante la presentazione, da parte di J. S.r.l., di una situazione finanziaria dissonante dalla realtà nonché di tre offerte non conformi alle disposizioni comunitarie, concede sussidi ingiustificati. In definitiva, i fatti descritti sono suscettibili al reato di truffa ai sensi dell'art. 146 CP, per cui la questione di sapere se gli atti descritti in rogatoria corrispondono o meno in Svizzera ai reati di truffa fiscale ai sensi dell'art. 14 DPA può restare indecisa, nella misura in cui nel campo della piccola assistenza le misure di cooperazione sono ammesse a condizione che la doppia punibilità sia data *almeno* per una fattispecie (sentenza del Tribunale federale 1C.138/2007 del 17 luglio 2007, consid. 2.3 e rinvii). Anche questa censura va dunque disattesa.

4. Nell'ottica ricorsuale la decisione impugnata sarebbe inoltre in contrasto con il principio della proporzionalità, nella misura in cui la documentazione bancaria sarebbe irrilevante per il procedimento estero. L'autorità d'esecuzione avrebbe addirittura ordinato la trasmissione di documenti neppure richiesti, procedendo quindi *ultra petita*. In definitiva, ci si ritroverebbe dinanzi ad un palese caso di fishing expedition.

4.1 La questione di sapere se le informazioni richieste nell'ambito di una domanda di assistenza siano necessarie o utili per il procedimento estero deve essere lasciata, di massima, all'apprezzamento delle autorità richiedenti. Lo Stato richiesto non dispone infatti dei mezzi per pronunciarsi sull'opportunità di assumere determinate prove e non può sostituirsi in questo compito all'autorità estera che conduce le indagini (DTF 132 II 81 consid. 2.1 e rinvii). La richiesta di assunzione di prove può essere rifiutata solo se il principio della proporzionalità, nella limitata misura in cui può essere applicato in procedure rette dalla CEAG (DTF 121 II 241 consid. 3c; 113 Ib 157 consid. 5a pag. 165; 112 Ib 576 consid. 13d pag. 603), sia manifestamente disatteso (DTF 120 Ib 251 consid. 5c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.18 del 21 maggio 2007, consid. 6.3 non pubblicato in TPF 2007 57) o se la domanda appaia abusiva, le informazioni richieste essendo del tutto inidonee a far progredire le indagini (DTF 122 II 134 consid. 7b; 121 II 241 consid. 3a). In base alla giurisprudenza l'esame va quindi limita-

to alla cosiddetta utilità potenziale, secondo cui la consegna giusta l'art. 74 AIMP è esclusa soltanto per quei mezzi di prova *certamente* privi di rilevanza per il procedimento penale all'estero (DTF 126 II 258 consid. 9c pag. 264; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b). Vietata in particolare è la cosiddetta fishing expedition, la quale è definita dalla giurisprudenza una ricerca generale ed indeterminata di mezzi di prova volta a fondare un sospetto senza che esistano pregressi elementi concreti a sostegno dello stesso (DTF 125 II 65 consid. 6b/aa pag. 73 e rinvii). Questo genere di inchieste non è consentito in ambito di assistenza internazionale sia alla luce del principio della specialità che di quello della proporzionalità (PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2001, pag. 280 n. 414 e pag. 204 e seg. n. 309). Tale divieto si fonda semplicemente sul fatto che è inammissibile procedere a casaccio nella raccolta delle prove (DTF 113 Ib 257 consid. 5c).

- 4.2** Il principio secondo il quale l'autorità rogata non deve agire "ultra petita", desumibile da quello della proporzionalità, vieta all'autorità richiesta di andare oltre i provvedimenti postulati dall'autorità richiedente (cosiddetto "Ueberschussverbot", DTF 116 Ib 96 consid. 5b; 115 Ib 186 consid. 4 pag. 192 in fine, 373 consid. 7; sentenza del Tribunale federale 1A.258/2006 del 16 febbraio 2007, consid. 2.3). La susseguente giurisprudenza ha però sostanzialmente attenuato la portata di questo principio, ritenendo che l'autorità richiesta può interpretare in maniera estensiva la domanda qualora sia accertato che, su questa base, tutte le condizioni per concedere l'assistenza sono adempiute; tale modo di procedere può evitare in effetti la presentazione di un'eventuale richiesta complementare (DTF 121 II 241 consid. 3; PAOLO BERNASCONI, Rogatorie penali italo-svizzere, Milano 1997, pag. 186 e seg.).
- 4.3** Nella fattispecie, l'utilità potenziale della documentazione di cui l'autorità rogata ha disposto la trasmissione è certamente data. Secondo la rogatoria, nel periodo dal 3 settembre al 31 ottobre 2003, J. S.r.l. avrebbe invitato le tre società seguenti a presentare un'offerta di vendita relativo ad un impianto vinicolo: N. S.a.S. in scioglimento, con sede a Cotignola (Italia); O. S.p.A., con sede ad Altivole (Italia), società amministrata da F.; P. S.p.A. con sede a Caerano di San Marco (Italia), società anch'essa amministrata da F. (v. atto 1, allegato pag. 3 e segg., MP/TI). La vincitrice dell'appalto sarebbe risultata la N. S.a.S., il cui socio amministratore sarebbe D. Quest'ultimo avrebbe dichiarato che la fornitura dell'impianto sarebbe stata effettuata totalmente dalla O. S.p.A. – società in cui egli avrebbe lavorato sia nel 2003 che durante la realizzazione dell'impianto –, la quale avrebbe realizzato l'intero progetto per conto di N. S.a.S. Presso quest'ultima società risulterebbe contabilizzate due fatture: una datata 12 luglio 2004 dell'importo di EUR 94'456.- emessa dalla Q. S.r.l. a carico della N. S.a.S. e avente

quale oggetto una "Commission and consulting for Contract J. S.r.l. Focsa-ni Romania total amount EUR 94'456.-"; la seconda datata 23 giugno 2004 dell'importo di EUR 342'398.68 emessa da O. S.p.A. a carico di N. S.a.S., riferita alla fornitura parziale dell'impianto di vinificazione. La prima fattura è stata liquidata dalla N. S.a.S. mediante un ordine di pagamento datato 16 luglio 2004 sul conto oggetto della decisione impugnata. L'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF) ha rilevato, invece, che agli organi rumeni incaricati del pagamento sarebbe stata esibita la fattura datata 23 giugno 2004 dell'importo di EUR 436'855.50 emessa da O. S.p.A. a carico di N. S.a.S. Alla luce di quanto descritto, si desumerebbe che la fattura del 23 giugno 2004 di EUR 436'855.50 sarebbe stata emessa con importo superiore rispetto a quelle trovate presso N. S.a.S. di EUR 342'398.68. La differenza degli importi summenzionati, ammontante ad EUR 94'456.82 corrisponderebbe a quello della fattura datata 12 luglio 2004. L'OLAF ha inoltre stabilito che la Q. S.r.l. sarebbe agente per la Romania della O. S.p.A. Essendo il conto della ricorrente stato utilizzato da una società riconducibile all'indagato D. per saldare la fattura di EUR 94'456.-, l'utilità potenziale della documentazione di cui è stata ordinata la trasmissione è evidente. Per quanto concerne la documentazione bancaria, data la natura dei reati ipotizzati, essa risulta necessaria nella sua totalità. Essa comprende naturalmente tutte le rubriche e sottorubriche del conto. Giova infatti rilevare che, quando le autorità estere chiedono informazioni su conti bancari allo scopo di ricostruire il flusso di fondi di sospetta origine criminale, la natura stessa di dette inchieste rende verosimile la necessità di acquisire l'integralità della documentazione bancaria. Ciò perché gli inquirenti debbono poter individuare il titolare giuridico ed economico del conto e sapere a quali persone sia pervenuto l'eventuale provento del reato. Al riguardo non è in linea di massima decisivo che le operazioni effettuate sui conti bancari siano avvenute in un'epoca anteriore a quella dei prospettati reati, visto che è proprio con un'esplorazione diacronica delle movimentazioni che è possibile una ricostruzione sufficientemente approfondita dei fatti. La trasmissione dell'intera documentazione potrà evitare altresì l'inoltro di eventuali domande complementari (DTF 121 II 241 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1C_486/2008 dell'11 novembre 2008, consid. 2.4). Si tratta di una maniera di procedere necessaria, se del caso, ad accertare anche l'estraneità dell'interessata (DTF 129 II 462 consid. 5.5; sentenze del Tribunale federale 1A.182/2006 del 9 agosto 2007, consid. 2.3 e 3.2; 1A.52/2007 del 20 luglio 2007, consid. 2.1.3; 1A.227/2006 del 22 febbraio 2007, consid. 3.2; 1A.195/2005 del 1° settembre 2005 in fine; 1A.79/2005 del 27 aprile 2005, consid. 4.1). In definitiva, tenuto conto della cernita precisa e mirata effettuata dall'autorità di esecuzione nonché dell'iniziativa della stessa di comunque oscurare i nominativi delle persone non coinvolte nel procedimento penale all'estero citate nella documentazione bancaria litigiosa – operazione che nella sua materiale concretizzazione non necessita più della colla-

borazione dei ricorrenti —, non si può certo affermare che il principio della proporzionalità sia stato violato. La trasmissione di documentazione relativa a rubriche o sottorubriche del conto della ricorrente non può nemmeno essere interpretata come una misura che va al di là di quanto richiesto. Costatata la sufficiente relazione tra le misure d'assistenza richieste e l'oggetto del procedimento penale estero, spetterà al giudice estero del merito valutare se dalla documentazione sequestrata emerge una connessione penalmente rilevante tra i fatti perseguiti all'estero e l'attività della A. SA. Risulta comunque evidente che l'autorità rogante non si sta assolutamente muovendo a caso nella ricerca di materiale probatorio, soprattutto se, come nella fattispecie, con la domanda di assistenza essa sollecita l'invio di documentazione concernente una società il cui conto bancario è stato utilizzato da una società riconducibile ad un indagato all'estero per truffa. Visto tutto quanto precede, vi è da concludere che la domanda di assistenza estera non costituisce una fishing expedition e la trasmissione della documentazione litigiosa non viola il principio della proporzionalità.

5. Nel gravame viene altresì affermato che la rogatoria violerebbe il principio del ne bis in idem, ritenuto che le autorità rumene avrebbero già inquisito e giudicato delle persone in relazione alla stessa identica fattispecie, pronunciando una sentenza di assoluzione cresciuta in giudicato. Nonostante precise richieste in tal senso, l'autorità di esecuzione, violando il diritto di essere sentito, non si sarebbe mossa per raccogliere informazioni presso le autorità rumene circa i procedimenti colà svoltisi e conclusisi. Essa avrebbe perlomeno dovuto preannunciare il proprio rifiuto, affinché l'interessata potesse semmai attivarsi essa stessa per l'acquisizione di detta documentazione.
- 5.1 L'art. 5 cpv. 1 lett. a n. 1 AIMP prevede che la domanda di assistenza è irricevibile se in Svizzera o nello Stato in cui il reato è stato commesso, il giudice ha pronunciato nel merito l'assoluzione o l'abbandono. Il Tribunale federale ha già avuto modo di affermare che il principio del ne bis in idem può essere invocato unicamente dalla persona perseguita dallo Stato richiedente, all'esclusione di terzi toccati da misure rogatorie (v. sentenza 1A.5/2007 del 25 gennaio 2008, consid. 2.4 e 3.5; ZIMMERMANN, op. cit., n. 662). Il ricorso, in quanto presentato nel solo interesse della legge o di terzi, è infatti inammissibile (DTF 126 II 258 consid. 2d e rinvii).
- 5.2 Non essendo la ricorrente perseguita all'estero, le censure presentate in questo ambito sono chiaramente inammissibili. Esse sarebbero state comunque da respingere, in quanto, come dichiarato dalla ricorrente stessa (v. act. 1 pag. 14), non tutti gli indagati sarebbero stati giudicati in Romania, ammesso che una sentenza cresciuta in giudicato già sia stata effettiva-

mente pronunciata in Romania, ciò che non è per nulla provato. Non sarebbe stato peraltro compito dell'autorità di esecuzione prendere l'iniziativa di contattare le autorità rumene per delucidare la situazione; tale verifica sarebbe infatti spettata unicamente all'autorità rogante (v. ZIMMERMANN, op. cit., n. 662 e giurisprudenza citata).

6. La ricorrente sostiene che un altro motivo per rifiutare l'assistenza giudiziaria sarebbe l'intervenuta prescrizione dei reati contestati in Italia. Così argomentando, ella omette tuttavia di considerare che la risposta alla domanda se l'azione penale sia estinta nello Stato rogante non incombe allo Stato rogato bensì alle competenti autorità del primo (sentenza 1A.153/2006 del 29 ottobre 2007, consid. 3.9; ZIMMERMANN, op. cit., n. 662). L'insorgente disattende altresì che, in base a consolidata giurisprudenza, nel quadro dell'assistenza giudiziaria internazionale regolata dalla CEAG, non occorre esaminare la questione della prescrizione, qualora si tratti, come in concreto, della trasmissione di mezzi di prova (v. art. 3 n. 1 CEAG). Infatti, diversamente dalla Convenzione europea di estradizione (v. art. 10 CEEstr; RS 0.353.1), la CEAG, che prevale sull'art. 5 cpv. 1 lett. c AIMP (v. supra consid. 1.2), non contiene disposizioni che escludono la concessione dell'assistenza per intervenuta prescrizione dell'azione penale. Trattasi di silenzio qualificato e non di lacuna colmabile mediante interpretazione (DTF 118 Ib 266 consid. 4b/bb pag. 268; 117 Ib 53 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1A.227/2006 del 22 febbraio 2007, consid. 3.3). Per di più, la prescrizione può essere invocata dalla persona perseguita, ma non da terzi, come la ricorrente, non tutelati da questa disciplina (DTF 130 II 217 consid. 11.1 pag. 234; sentenza del Tribunale federale 1A.153/2006 del 29 ottobre 2007, consid. 3.9).
7. A mente dell'insorgente, visto che i finanziamenti sarebbero stati concessi in Romania, a società rumene, le autorità giudiziarie italiane non sarebbero territorialmente competenti per giudicare i reati contestati agli indagati.
- 7.1 Secondo l'art. 1 n. 1 CEAG, le Parti Contraenti si obbligano ad accordarsi reciprocamente, secondo le disposizioni della presente Convenzione, l'assistenza giudiziaria più ampia possibile in qualsiasi procedura concernente reati, la cui repressione, al momento in cui l'assistenza giudiziaria è domandata, è di competenza delle autorità giudiziarie della Parte richiedente. La Svizzera rifiuta di cooperare unicamente se la competenza delle autorità estere difetta in maniera chiara, a tal punto da far apparire abusiva la domanda di assistenza (DTF 122 II 134 consid. 7b; 116 Ib 89 consid. 2c/aa; 113 Ib 157 consid. 4). Diversi sono i criteri che possono fondare la competenza repressiva di uno Stato; fra questi figura anche il principio della per-

sonalità attiva, secondo il quale è applicabile la legge dello Stato dell'autore del reato (v. ZIMMERMANN, op. cit., n. 565; FRANCESCO ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte generale, 16a ediz., Milano 2003, pag. 128 e seg.).

7.2 Nella fattispecie, essendo gli indagati di nazionalità italiana, la competenza delle autorità italiane non può essere considerata abusiva e comunque si evince dalla descrizione dei fatti che almeno in parte l'agire degli indagati è avvenuto in territorio italiano, ragione per cui la censura in questo ambito va respinta.

8. Il legale della A. SA ritiene che i documenti sequestrati in occasione dell'audizione testimoniale di L., nella misura in cui consegnatigli da quest'ultimo, sarebbero coperti dal segreto professionale dell'avvocato. Essi non avrebbero potuto essere sequestrati, tanto meno potrebbero essere trasmessi all'estero.

8.1 Secondo l'art. 69 PP, applicabile in virtù del rinvio previsto all'art. 9 AIMP, se si tratta di perquisizioni di carte, si deve avere cura che il segreto di carattere privato venga rispettato nella maggior misura possibile e che il segreto professionale contemplato nell'art. 77 sia salvaguardato (cpv. 1). In particolar modo le carte non devono essere esaminate se non quando si possa supporre che contengano scritti importanti per l'istruzione (cpv. 2). Se possibile, il detentore delle carte deve essere messo in grado di indicarne il contenuto prima della perquisizione. Se egli si oppone alla perquisizione, le carte vengono suggellate e poste in luogo sicuro. In questo caso, la decisione sull'ammissibilità di essa spetta alla Corte dei reclami penali fino al dibattimento e al tribunale durante il dibattimento.

Il segreto professionale è opponibile unicamente al sequestro di documenti legati all'attività tipica dell'avvocato ai sensi dell'art. 321 CP (v. anche art. 13 della legge sulla libera circolazione degli avvocati, LLCA; RS 935.61). L'attività tipica dell'avvocato consiste essenzialmente nel fornire consigli di natura giuridica, nel difendere gli interessi altrui intervenendo davanti ai tribunali e rappresentando i clienti nel medesimo contesto (BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Berna 2002, vol. II, n° 10 ad art. 321 CP; dello stesso autore, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, in SJ 1993 pag. 77 e segg., in particolare pag. 82; PATRICK STODTMANN, *Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives*, in RPS 126/2008 pag. 147).

8.2 In concreto, dal verbale d'interrogatorio di L. nonché dall'ordine di sequestro emanato dall'autorità d'esecuzione del 3 giugno 2009 emerge che detentore della documentazione al momento dell'attuazione della misura co-

ercitiva era L. e non il suo legale, avv. Nadir Guglielmoni (v. atto 13 MP/TI). Non potendo quest'ultimo invocare il segreto professionale per documenti di cui non era manifestamente detentore, la censura va chiaramente respinta. Del resto, se l'avv. Guglielmoni fosse stato realmente il detentore delle carte oggetto del provvedimento, egli avrebbe dovuto immediatamente, al momento del sequestro, avvalersi del suo segreto professionale e chiedere la messa sotto sigilli della documentazione, ciò che non è avvenuto.

9. Ne consegue che il ricorso deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 [PA; RS 172.021] richiamato l'art. 30 lett. b LTPF). La tassa di giustizia è calcolata giusta l'art. 3 del Regolamento dell'11 febbraio 2004 sulle tasse di giustizia del Tribunale penale federale (RS 173.711.32), richiamato l'art. 63 cpv. 5 PA, ed è fissata nella fattispecie a fr. 6'000.-, di cui fr. 5'000.- a carico della società ricorrente e fr. 1'000.- a carico dell'avv. Guglielmoni in quanto ricorrente autonomo.

Per questi motivi, la II Corte dei reclami penali pronuncia:

1. Nella misura della sua ammissibilità, il ricorso è respinto.
2. La tassa di giustizia di fr. 6'000.- è posta a carico dei ricorrenti nella misura di fr. 5'000.- a carico di A. SA, importo coperto dall'anticipo spese di fr. 5'000.- già versato, e fr. 1'000.- a carico dell'avv. Nadir Guglielmoni.

Bellinzona, 9 aprile 2010

In nome della II Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

La Presidente:

Il Cancelliere:

Comunicazione a:

- Avv. Nadir Guglielmoni
- Ministero Pubblico del Cantone Ticino
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria

Informazione sui rimedi giuridici

Il ricorso contro una decisione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 10 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 e 2 lett. b LTF). Il ricorso è ammissibile soltanto se concerne un'extradizione, un sequestro, la consegna di oggetti o beni oppure la comunicazione di informazioni inerenti alla sfera segreta e se si tratti di un caso particolarmente importante (art. 84 cpv. 1 LTF). Un caso è particolarmente importante segnatamente laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune (art. 84 cpv. 2 LTF).