



Sentenza del 12 ottobre 2011
Il Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali Cornelia Cova, Presidente,
Giorgio Bomio e Roy Garré,
Cancelliere Giampiero Vacalli

Parti

1. A. LLC,

2. B. SA,

entrambe rappresentate dall'avv. Diego Della Casa,

Ricorrenti

contro

MINISTERO PUBBLICO DEL CANTONE TICINO,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
all'Italia

Presenza di funzionari esteri (art. 65a AIMP)
Decisione incidentale

Visti:

- la domanda di assistenza giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Udine del 28 giugno 2011 ed il successivo complemento del 18 luglio 2011 presentati alla Svizzera nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di C. per appropriazione indebita aggravata (art. 646 e 61 n. 7 CP italiano); domanda finalizzata, tra l'altro, all'audizione a titolo di persona informata sui fatti di D. in presenza del Capitano E., in servizio presso la Guardia di Finanza – Nucleo Polizia Tributaria di Udine, ufficiale che ha coordinato le attività investigative italiane;
- la decisione di entrata in materia emessa il 21 luglio 2011, e più precisamente il punto 4 del dispositivo, mediante la quale il Ministero pubblico del Cantone Ticino ha autorizzato la presenza della persona summenzionata all'audizione di D.;
- il ricorso del 4 agosto 2011 interposto dalle società A. LLC e B. SA tendente all'annullamento del punto 4 del dispositivo della predetta decisione incidentale;
- la domanda di effetto sospensivo presentata nell'ambito del medesimo ricorso;
- la decisione del 9 agosto 2011, mediante la quale il Tribunale penale federale ha concesso l'effetto sospensivo a titolo supercautelare (RP.2011.36-37);
- le osservazioni del 25 agosto 2011 a conclusione delle quali il Ministero pubblico ticinese propone la reiezione del ricorso;
- lo scritto del 29 agosto 2011, mediante il quale l'Ufficio federale di giustizia (di seguito: UFG) propone di dichiarare inammissibile il ricorso;
- la replica del 12 settembre 2011, mediante la quale le ricorrenti si riconfermano nelle conclusioni espresse nel loro gravame.

Considerato:

- che il ricorso è stato presentato entro il termine di dieci giorni di cui all'art. 80k della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP; RS 351.1);

- che la ricevibilità del gravame presuppone tuttavia anche la legittimazione a ricorrere giusta l'art. 80h AIMP;
- che 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 giudiziaria 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);
- che il concetto di persona toccata ai sensi del predetto articolo di legge trova concretizzazione sia nella giurisprudenza che all'art. 9a OAIMP (v. DTF 137 IV 134 consid. 5 e TPF 2007 79 con ulteriori rinvii);
- che 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);
- che 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 137 IV 134 consid. 5.2.1 e 118 Ib 547 consid. 1d);
- che in via giurisprudenziale è stato 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 137 IV 134 consid. 5.2.1 e 122 II 130 consid. 2b con rinvii);
- che 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);
- che 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);

- che la persona perseguita all'estero non può ricorrere contro misure che toccano terzi (DTF 116 Ib 106 consid. 2a/aa; 110 Ib 387 consid. 3b);
- che questo diritto è infatti riconosciuto all'indagato all'estero solo quando egli è toccato in maniera diretta dalla misura d'assistenza (v. il già menzionato art. 21 cpv. 3 AIMP), per esempio laddove viene direttamente sottoposto ad un interrogatorio o ad una perquisizione rogatorie;
- che la legittimazione ricorsuale della A. LLC, titolare del conto oggetto della decisione impugnata, è data nella misura in cui l'interrogatorio in esame è esplicitamente orientato all'ottenimento d'informazioni sul conto in questione (v. TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82 e seg.), mentre fa difetto alla B. SA, visto che alla luce della precitata giurisprudenza non è di particolare momento il fatto che, come rilevato nel gravame (v. ricorso pag. 3), essa detenga interamente la società titolare del conto utilizzandola come veicolo societario per l'esecuzione di mandati per propri clienti;
- che in virtù dell'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1) se la Parte richiedente ne fa domanda espressa, la Parte richiesta l'informerà della data e del luogo d'esecuzione della commissione rogatoria. Le autorità e le persone in causa potranno assistere all'esecuzione se la Parte richiesta vi acconsente;
- che l'art. IX dall'Accordo italo-svizzero del 10 settembre 1998 che completa e agevola l'applicazione della CEAG (RS 0.351.945.41; in seguito l'Accordo italo-svizzero) prevede che lo Stato richiesto autorizza, su domanda dello Stato richiedente, i rappresentanti delle autorità di quest'ultimo, le persone che partecipano al procedimento e i loro difensori, ad assistere all'esecuzione sul proprio territorio, se ciò non è incompatibile con i principi del diritto dello Stato richiesto (paragrafo 1); le persone in questione possono, conformemente a quanto previsto dal paragrafo 1, essere autorizzate, in particolare, a formulare domande, a consultare atti e possono altresì suggerire alle autorità dello Stato richiesto di formulare domande o di adottare misure complementari (paragrafo 2); le persone in questione 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 (paragrafo 3);

- che l'art. 65a AIMP contiene disposizioni equivalenti;
- che la presenza di funzionari esteri che conducono l'inchiesta è atta a facilitare in maniera considerevole l'esecuzione della domanda di assistenza, di modo che la loro partecipazione all'esecuzione della stessa deve essere largamente concessa (sentenze del Tribunale federale 1A.369/1996 del 28 gennaio 1997, consid. 4; 1A.85/1996 del 4 giugno 1996, consid. 5b);
- che il ricorso contro una decisione che autorizza funzionari esteri a partecipare all'esecuzione della domanda d'assistenza è ricevibile solo se il ricorrente rende verosimile che la predetta decisione gli cagiona un pregiudizio immediato e irreparabile ai sensi dell'art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP, segnatamente se fatti inerenti alla sfera segreta siano portati a loro conoscenza e che vi sia rischio di un loro utilizzo prematuro (v. art. IX n. 3 Accordo italo-svizzero e 65a cpv. 3 AIMP);
- che questo rischio può essere evitato se l'autorità rogante fornisce delle garanzie atte ad impedire un'utilizzazione anticipata e prematura delle informazioni nell'ambito del procedimento estero (DTF 128 II 211 consid. 2.1 pag. 215; sentenze del Tribunale federale 1A.3/2007 del 11 gennaio 2007, consid. 2.3 et 1A.217/2004 del 18 ottobre 2004, consid. 2.6; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ediz., Berna 2009, n. 409);
- che nella fattispecie, il Capitano E., in servizio presso la Guardia di Finanza – Nucleo Polizia Tributaria di Udine, ha sottoscritto il 9 agosto 2011 una dichiarazione di garanzia mediante la quale si impegna segnatamente ad adottare un atteggiamento puramente passivo durante le misure di esecuzione della domanda di assistenza e a non utilizzare le eventuali informazioni risultanti dall'assunzione delle prove di cui potrebbe venire a conoscenza durante il suo spostamento in Svizzera nell'ambito della procedura italiana prima che l'autorità svizzera competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza (v. atto 16 MP/TI);
- che il contenuto della dichiarazione di garanzia in questione adempie i requisiti fissati dalla giurisprudenza (cfr. DTF 131 II 132 consid. 2.2 p. 134; sentenze del Tribunale federale 1A.225/2006 del 6 marzo 2007, consid. 1.5.1, pubblicata in Pra 11/2007 n. 130, e 1A.215/2006 del 7 novembre 2006, consid. 1.3; v. anche ZIMMERMANN, op. cit., n. 409, nonché sentenze del Tribunale penale federale RR.2008.259-260 del 2 ottobre 2008 e RR.2008.106-107 del 17 giugno 2008, consid. 3);

- che sarebbe stato certamente preferibile che l'autorità d'esecuzione facesse firmare la dichiarazione in questione prima dell'emanazione della decisione impugnata, ciò che avrebbe permesso alle ricorrenti di interporre il proprio gravame, incentrato peraltro su diverse censure, cognite di tale fatto (v. TPF 2010 96 consid. 2.7);
- che di quanto precede si terrà dunque conto nella fissazione della tassa di giustizia;
- che, in assenza di pregiudizio immediato e irreparabile, non è per contro adempiuto il tassativo requisito di ammissibilità di cui all'art. 80e cpv. 2 prima frase AIMP;
- che per il resto, la A. LLC solleva censure di merito sulla procedura di assistenza nel suo complesso, omettendo così di considerare che, nell'ambito di un ricorso in ambito incidentale, il principio della celerità, recepito all'art. 17a AIMP, impone di risolvere unicamente le questioni suscettibili di comportare un pregiudizio immediato e irreparabile, come appunto la presenza di funzionari esteri;
- che le altre questioni potranno essere invece sollevate, se del caso, in relazione a una decisione di chiusura (DTF 130 II 329 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1A.172/1999 del 29 settembre 1999, consid. 3e, pubblicato in Pra 2000 n. 38 pag. 204 e seg.);
- che, visto l'esito del ricorso, la domanda di effetto sospensivo è divenuta priva di oggetto;
- che le ricorrenti, risultando soccombenti data l'inammissibilità del loro gravame, devono sopportare le spese processuali cagionate (art. 63 cpv. 1 PA);
- che la tassa di giustizia ridotta è calcolata giusta gli art. 73 cpv. 2 LOAP, 63 cpv. 4bis PA, nonché 5 e 8 cpv. 3 del regolamento del 31 agosto 2010 sulle spese, gli emolumenti, le ripetibili e le indennità della procedura penale federale (RSPPF; RS 173.713.162) ed è fissata nella fattispecie a fr. 2'000.--.

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

1. Il ricorso è inammissibile.
2. La domanda di effetto sospensivo è divenuta priva d'oggetto.
3. La tassa di giustizia di fr. 2'000.-- è posta a carico delle ricorrenti. Essa è coperta dall'anticipo dei costi di fr. 4'000.-- già versato. La cassa del Tribunale penale federale verserà alle ricorrenti il saldo di fr. 2'000.--.

Bellinzona, 12 ottobre 2011

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

La Presidente:

Il Cancelliere:

Comunicazione a:

- Avv. Diego Della Casa
- Ministero Pubblico del Cantone Ticino
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria

Informazione sui rimedi giuridici

Contro la presente sentenza non è dato alcun rimedio giuridico (v. art. 93 cpv. 2 LTF).