

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numero dell'incarto: RR.2013.58-60

Sentenza del 28 giugno 2013

Corte dei reclami penali

Composizione

Giudici penali federali Stephan Blättler, Presidente,
Tito Ponti e Roy Garré,
Cancelliere Davide Francesconi

Parti

1. **A. LLC,**
2. **B. LLC,**
3. **C. LLC,**

rappresentate dall'avv. Luca Marcellini,

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) e sequestro di
conti bancari (art. 33a OAIMP)

Fatti:

- A.** La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma conduce un procedimento penale nei confronti di D., E., F., G., H., I., J., K. e L. per titolo di abusiva attività di raccolta del risparmio (art. 11 e 130 del Decreto legislativo n. 385 del 1. settembre 1993 - Testo unico in materia bancaria e creditizia), bancarotta fraudolenta (art. 216, 219 e 223 del Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942 - Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata), dichiarazione infedele (art. 4 del Decreto legislativo n. 74 del 10 marzo 2000), truffa (art. 640 CP/I), riciclaggio di denaro (art. 648-bis CP/I) e associazione per delinquere (art. 416 CP/I). L'inchiesta, nel contesto della quale il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Torre Annunziata ha emesso in data 12 luglio 2012 un'ordinanza applicativa di misure cautelari custodiali, trae origine dal fallimento della società M. Spa, attiva nel settore del trasporto marittimo di merci e detenuta in maniera paritetica dalle famiglie K., D. e G. sino all'anno 2004 (successivamente oggetto di vasta riorganizzazione strutturale), nonché da diverse denunce sporte da privati, poiché gli indagati avrebbero emesso per diverso tempo certificati obbligazionari al portatore incassando il controvalore su conti bancari personali invece che sui conti intestati alla società. Gli inquirenti italiani stimano che le somme così sottratte ai conti societari sarebbero nell'ordine di circa 650 milioni di euro. Le indagini in corso in Italia avrebbero altresì permesso di raccogliere elementi probatori in ordine alla distrazione a danno della M. SpA della maggior parte degli assets societari, vale a dire della flotta di proprietà della società medesima, valutabile in circa 350 milioni di euro.

Con una prima domanda di assistenza giudiziaria del 20 settembre 2012, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ha richiesto, *inter alia*, l'acquisizione di documentazione bancaria con relativo sequestro degli averi depositati su conti correnti riferibili ai suddetti indagati presso diverse banche svizzere.

A seguito di una segnalazione del 20 novembre 2012 da parte della banca N., Lugano, all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (di seguito: MROS) - da quest'ultimo trasmessa in data 26 novembre 2012 alla competente autorità di perseguimento penale - il Ministero pubblico del Cantone Ticino (di seguito: MP-TI) apriva un procedimento penale per titolo di riciclaggio di denaro nei confronti di E., G., H. e J., nel contesto del quale formulava all'attenzione dell'autorità italiana una richiesta di assistenza giudiziaria intesa ad ottenere informazioni e documenti utili per accertare l'eventuale origine criminosa dei fondi oggetto di segnalazione in Svizzera.

Successivamente a questa richiesta, l'autorità italiana, venuta a conoscenza dell'esistenza di ulteriori relazioni bancarie riconducibili agli indagati accese presso la suddetta banca, formulava in data 22 gennaio 2013 una domanda di assistenza giudiziaria - quale complemento alla precedente del 20 settembre 2012 - mediante la quale ha richiesto il sequestro delle relazioni individuate e la consegna della relativa documentazione.

- B.** Con "decisione di entrata in materia e di chiusura e decisione incidentale" del 29 gennaio 2013 il MP-TI, ha accolto la rogatoria, acquisito agli atti della procedura rogatoria i documenti bancari in questione (la cui edizione era già stata chiesta nell'ambito del citato procedimento cantonale per titolo di riciclaggio), ordinato il sequestro delle relazioni, tra le quali figurano i conti intestati alle qui ricorrenti, e disposto la consegna all'autorità rogante della relativa documentazione (act. 1.1).
- C.** In data 28 febbraio 2013 le società A. LLC, B. LLC e C. LLC hanno interposto, con unico atto, ricorso avverso la predetta decisione dinanzi alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale. Le ricorrenti, lamentando una lesione del loro diritto di essere sentite, postulano in via principale l'annullamento della decisione con contestuale rinvio degli atti al MP-TI affinché, previa cernita in contraddittorio, statuisca nuovamente; in via subordinata, ne chiedono l'annullamento per irricevibilità della domanda siccome errata, contraddittoria e vertente unicamente su reati di natura tributaria (v. act. 1).
- D.** Con risposta del 14 marzo 2013 il MP-TI postula la reiezione integrale del gravame, non sussistendo nel caso concreto alcuna violazione del diritto di essere sentite delle ricorrenti e rilevando la piena ricevibilità della commissione rogatoria in esame, posto che la stessa si inserisce nel contesto di una vasta inchiesta non limitata a soli reati di natura fiscale (v. act. 6). L'UFG, con risposta del 19 marzo 2013, postula parimenti la reiezione del gravame, ritenendo l'agire dell'autorità cantonale d'esecuzione conforme alle disposizioni legali e ai principi giurisprudenziali applicabili alla materia (v. act. 7).
- E.** Invitate a replicare, le ricorrenti, con memoriale del 5 aprile 2013, si sono sostanzialmente riconfermate nelle proprie conclusioni ricorsuali (v. act. 9). Con duplice del 9 aprile 2013 - trasmessa per conoscenza alle ricorrenti - il MP-TI si è anch'esso riconfermato nelle proprie conclusioni (v. act. 11). L'UFG, dal canto suo, ha rinunciato a presentare la duplice, rinviando alle argomentazioni già espresse in sede di risposta (v. act. 12).

- F.** Le ulteriori argomentazioni addotte dalle parti nei loro rispettivi allegati verranno riprese, se necessario, nei successivi considerandi in diritto.

Diritto:

1.

- 1.1.** In virtù dell'art. 37 cpv. 2 lett. a della legge federale del 19 marzo 2010 sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione (LOAP; RS 173.71) e 19 cpv. 1 del regolamento del 31 agosto 2010 sull'organizzazione del Tribunale penale federale (ROTPF; RS 173.713.161), la Corte dei reclami penali giudica i gravami in materia di assistenza giudiziaria internazionale.
- 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 italo-svizzero del 10 settembre 1998 che completa e agevola l'applicazione della CEAG (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. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS; non pubblicata nella RS ma ora consultabile nel volume "Assistenza e estradizione" edito dalla Cancelleria federale, Berna 2012). Di rilievo nella fattispecie è anche la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990, entrata in vigore il 1° settembre 1993 per la Svizzera ed il 1° maggio 1994 per l'Italia (CRic; RS. 0.311.53). 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 pattizio (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 Accordo italo-svizzero; DTF 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1; 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 n. 2 CAS, 39 n. 3 CRic e art. I n. 2 Accordo italo svizzero). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

- 1.3.** Interposto in tempo utile contro una decisione di chiusura dell'autorità cantonale d'esecuzione, il ricorso è ricevibile sotto il profilo degli art. 25 cpv. 1, 80e cpv. 1 e 80k AIMP. La legittimazione delle ricorrenti, titolari delle relazioni bancarie oggetto dell'avversata misura rogatoria, è pacifica (v. art. 80h lett. b AIMP e art. 9a lett. a OAIMP; DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1; 118 Ib 547 consid. 1d; TPF 2007 79 consid. 1.6).

Il ricorso è dunque ricevibile in ordine e occorre entrare in materia.

2.

- 2.1.** Le ricorrenti lamentano in primo luogo la violazione del loro diritto di essere sentite, nella misura in cui il MP-TI, ordinando mediante un'unica decisione l'entrata nel merito della rogatoria, il sequestro degli averi in conto e la consegna della documentazione, le avrebbe private del loro diritto di partecipare alla procedura d'esecuzione. Un intervento attivo delle ricorrenti prima dell'emanazione della decisione di chiusura si giustificerebbe oltretutto alla luce della complessità dell'inchiesta estera e dell'intrecciarsi della procedura rogatoria con il procedimento interno condotto dallo stesso MP-TI.

- 2.2.** Secondo la giurisprudenza, l'autorità di esecuzione, dopo aver concesso al detentore della documentazione la possibilità di addurre i motivi che si opporrebbero alla trasmissione di determinati atti e la facoltà di partecipare alla necessaria cernita, ha l'obbligo di motivare accuratamente la decisione di chiusura (DTF 130 II 14 consid. 4.4 pag. 18). Essa non potrebbe infatti ordinare in modo acritico e indeterminato la trasmissione dei documenti, delegandone *tout court* la selezione agli inquirenti esteri (DTF 127 II 151 consid. 4c/aa pag. 155; 122 II 367 consid. 2c; 112 Ib 576 consid. 14a pag. 604). Questo compito spetta all'autorità svizzera d'esecuzione che, in assenza di un eventuale consenso all'esecuzione semplificata (art. 80c AIMP), prima di emanare una decisione di chiusura, deve impartire alle persone toccate giusta l'art. 80h lett. b AIMP e art. 9a OAIMP un termine per addurre riguardo a ogni singolo documento gli argomenti che secondo loro si opporrebbero alla consegna. Questo affinché esse possano esercitare in maniera concreta ed effettiva il loro diritto di essere sentiti (v. art. 30 cpv. 1 PA), secondo modalità di collaborazione comunque rispettose del principio della buona fede (art. 5 cpv. 3 Cost.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: B. Waldmann/P. Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, n. 54 ad art. 12). La cernita deve aver luogo anche qualora l'interessato rinunci ad esprimersi (DTF 130 II 14 consid. 4.3 e 4.4; 126 II 258 consid. 9b/aa pag. 262; cfr. anche DTF 127 II 151 consid. 4c/aa; ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 3a ediz., Berna 2009, n. 484, 723-724; PASCAL DE PREUX,

L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre le blanchiment d'argent, in SJZ 104/2008 n. 2 pag. 34).

Il diritto di essere sentito, ancorato all'art. 29 cpv. 2 Cost., viene concretizzato nell'ambito dell'assistenza giudiziaria internazionale agli art. 29 e segg. PA richiamato l'art. 12 cpv. 1 AIMP (ZIMMERMANN, op. cit., n. 472). Esso è di natura formale (DTF 126 I 19 consid. 2d/bb pag. 24; 125 I 113 consid. 3; MICHELE ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, tesi di laurea, Berna 2000, pag. 449 con rinvii). Una violazione di questo diritto fondamentale da parte dell'autorità d'esecuzione non comporta comunque automaticamente l'accoglimento del gravame e l'annullamento della decisione impugnata. Secondo la giurisprudenza e la dottrina una violazione del diritto di essere sentito può essere sanata, se la persona toccata ottiene la possibilità di esprimersi in merito davanti ad una autorità di ricorso, la quale, come nella fattispecie la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, dispone del medesimo potere d'esame dell'autorità d'esecuzione stessa (v. DTF 124 II 132 consid. 2d; sentenze del Tribunale federale 1C_525/2008 e 1C_526/2008 del 28 novembre 2008, consid. 1.3 nonché 1A.54/2004 del 30 aprile 2004; TPF 2008 172 consid. 2.3; ZIMMERMANN, op. cit., n. 472).

- 2.3.** Nel caso concreto, è d'uopo constatare che l'agire del MP-TI, che con un unico atto ha statuito circa l'entrata in materia, il blocco degli averi e la chiusura della procedura, ha di fatto privato le ricorrenti di ogni possibilità di partecipare alla fase di esecuzione della rogatoria. L'autorità cantonale d'esecuzione avrebbe infatti perlomeno dovuto - *prima* di ordinarne la trasmissione all'estero - sottoporre loro la documentazione bancaria oggetto di sequestro, al fine di permetterle di esprimersi circa la trasmissione all'autorità rogante, garantendo così fattivamente i diritti processuali delle società ricorrenti. Dottrina e giurisprudenza sono del resto unanimi nel ribadire che spetta di principio all'autorità di esecuzione offrire alla persona toccata da una misura di assistenza la possibilità di esprimersi al riguardo, e di esercitare così già in quella sede i propri diritti. Il diritto della persona toccata da una misura di assistenza di partecipare alla cernita dei documenti oggetto di trasmissione all'autorità rogante discende dunque in primo luogo dal suo diritto di essere sentita, ma è altresì un corollario del principio della buona fede regolante i rapporti reciproci tra lo Stato e i privati. Ad ogni modo, la persona interessata deve potersi esprimersi prima dell'emanazione della relativa decisione di chiusura (cfr. *supra* consid. 2.2, nonché la sentenza del Tribunale federale 1A.212/2001 del 21 marzo 2002, consid. 2). In determinate circostanze, se a conoscenza della procedura rogatoria, è la stessa persona coinvolta a doversi attivare presso la competente autorità, pena il rischio di vedersi rimproverata un'attitudine passiva, inconciliabile con il principio della buona fede sancito dall'art. 5 cpv. 3 Cost (v. ad es. sentenza

del Tribunale penale federale RR.2012.93-95 del 18 luglio 2012, consid. 2.2 in fine). Ciò non è il caso nella presente fattispecie, ritenuto che alle insorgenti non può essere rimproverato alcunché e non risulta che esse siano state messe in condizione di ricollegare la procedura svizzera, che le vede già coinvolte, con quella rogatoria qui in esame, come vorrebbe suggerire il MP-TI in sede di risposta, visto che nessun atto è stato loro notificato prima dell'emanazione dell'avversata decisione. Le due procedure sono infatti indipendenti, sia nella forma che nella sostanza (v. anche decisione del Tribunale penale federale BB.2012.99-100 del 3 ottobre 2012, consid. 3 e riferimenti), e non è possibile inferire un obbligo di collaborazione della persona toccata da una misura di assistenza internazionale già soltanto per il fatto che essa sia informata di una procedura nazionale per riciclaggio. In questo senso la violazione del diritto di essere sentite delle ricorrenti assume una rilevanza e una portata tali da impedire una sua sanatoria dinanzi alla scrivente Corte.

A questo proposito si osserva che la possibile sanatoria dinanzi ad un'istanza di ricorso dotata di pieno potere cognitivo costituisce sì una via percorribile, la quale deve tuttavia restare l'eccezione, la stessa non potendosi interpretare come una facoltà concessa all'autorità inferiore di poter violare o ignorare tale diritto, demandandone sistematicamente la sua riparazione all'autorità di ricorso (v. in questo senso sentenza del Tribunale federale 1C_127/2012 del 29 febbraio 2012, consid. 2.2 e rinvii; ZIMMERMANN, op. cit., n. 472). Nel caso concreto, constatata la crassa violazione del diritto di essere sentite delle ricorrenti, le quali sono state private di qualsiasi possibilità di partecipare al procedimento e all'esame degli atti giusta l'art. 80b cpv. 1 AIMP, senza che ricorrano né vengano in alcun modo allegate dall'autorità di esecuzione circostanze eccezionali giusta l'art. 80b cpv. 2 AIMP, un'ipotetica sanatoria dinanzi alla scrivente autorità è chiaramente esclusa. È infatti dinanzi all'autorità d'esecuzione che si deve procedere ad un'accurata cernita della documentazione da trasmettere, in dialettica con le parti coinvolte e quindi non certo incorporando "uno actu" entrata in materia (art. 80a AIMP), decisioni incidentali e decisione di chiusura (art. 80d AIMP): in caso contrario verrebbe di fatto bypassata una fase esplicitamente prevista nella filiera procedurale definita dalla AIMP (v. in particolare la sezione 2 del capitolo 2 della parte terza, art. da 78 a 80d) e si obbligherebbero le parti ad adire sistematicamente l'autorità di ricorso per esercitare i propri diritti, sconvolgendo altresì la chiara separazione tra sezione 2 (Disbrigo della domanda) e sezione 3 (Ricorso) di questa parte della legge. Per tacere che è soltanto a queste condizioni che avrebbe senso dare la possibilità agli aventi diritto di acconsentire ad un'eventuale esecuzione semplificata ex art. 80c AIMP.

Riassumendo risulta necessario rinviare gli atti al MP-TI affinché esso - previa cernita in contraddittorio - statuisca nuovamente in merito alla concessione e alla portata dell'assistenza giudiziaria.

3. Sulla scorta di quanto precede, il gravame delle ricorrenti deve essere accolto già per questo motivo, senza che sia necessario chinarsi sulle ulteriori censure ricorsuali. Gli atti sono retrocessi al MP-TI, il quale dovrà statuire nuovamente, ai sensi del considerando che precede.

4.
 - 4.1. Visto l'esito della procedura, non si riscuote tassa di giustizia (art. 63 cpv. 2 PA richiamato l'art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP). La cassa del Tribunale penale federale restituirà alle ricorrenti l'anticipo delle spese già pervenuto pari a fr. 9'000.--.

 - 4.2. Giusta l'art. 64 cpv. 1 PA, richiamato l'art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP, l'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente una indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (ripetibili). Nei procedimenti davanti al Tribunale penale federale le ripetibili consistono nelle spese di patrocinio (art. 11 cpv. 1 RSPPF applicabile in virtù del rinvio di cui all'art. 10 RSPPF). L'onorario è fissato secondo il tempo, comprovato e necessario, impiegato dall'avvocato per la causa e necessario alla difesa della parte rappresentata. L'indennità oraria ammonta almeno a 200 e al massimo a 300 franchi (art. 12 cpv. 1 RSPPF). Davanti alla Corte dei reclami penali, se l'avvocato non presenta alcuna nota delle spese al più tardi al momento dell'inoltro dell'unica o ultima memoria, il giudice fissa l'onorario secondo libero apprezzamento (art. 12 cpv. 2 RSPPF). Nel caso concreto si giustifica di fissare in favore delle ricorrenti un'indennità di fr. 3'000.-- (IVA compresa), la quale è messa a carico del MP-TI in quanto autorità inferiore giusta l'art. 64 cpv. 2 PA.

Per questi motivi, la Corte dei reclami penali pronuncia:

1. Il ricorso è accolto. Di conseguenza la decisione di entrata in materia, incidentale e decisione di chiusura del MP-TI del 19 gennaio 2013 è annullata.
2. Gli atti vengono retrocessi al MP-TI affinché statuisca nuovamente nel senso dei considerandi.
3. Non vengono prelevate spese. La cassa del Tribunale penale federale restituirà alle ricorrenti l'anticipo delle spese già pervenuto pari a fr 9'000.--.
4. Il MP-TI verserà alle ricorrenti un importo di fr. 3'000.-- a titolo di ripetibili.

Bellinzona, il 28 giugno 2013

In nome della Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

Il Presidente:

Il Cancelliere:

Comunicazione a:

- Avv. Luca Marcellini
- 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'estradizione, 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).