

BStGer RR.2007.36 vom 7. Mai 2007

Bundesstrafgericht, 2007-05-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2007.36

FR: TPF RR.2007.36 du 7 mai 2007

IT: TPF RR.2007.36 del 7 maggio 2007

Regeste

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Italia Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Erwägungen

E. 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; nuovo testo giusta il n. 14 dell'allegato alla legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale, in vigore dal 1° gennaio 2007) e 9 cpv. 3 del Regolamento del Tribunale penale federale del 20 giugno 2006 (RS 173.710) la II Corte dei reclami penali è competente per statuire sui reclami in materia di assistenza giudiziaria internazionale.

E. 1.2

Il Tribunale penale federale, analogamente al 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 (v. DTF 132 I 140 consid. 1.1; 131 I 153 consid. 1; 131 II 571 consid. 1, 361 consid. 1).

E. 1.3

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). Allo scopo di completare e agevolare l'applicazione di questa convenzione multilaterale, Italia e Svizzera hanno altresì concluso un Accordo completo del 10 settembre 1998 (RS 0.351.945.41), entrato in vigore mediante scambio di note il 1° giugno 2003 (in seguito: l'Accordo). 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 convenzionale, 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; DTF 130 II 337 consid. 1; 128 II 355 consid. 1; 124 II 180 consid. 1a; 123 II 134 consid. 1a; 122 II 140 consid. 2, 373 consid. 1a). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 123 II 595 consid. 7c, con rinvii dottrinali).

E. 1.4

Secondo la norma speciale dell'art. 25 cpv. 6 AIMP, la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale non è vincolata dalle conclusioni delle parti; essa esamina

liberamente se i presupposti per la concessione del-

- 4 -

l'assistenza sono adempiuti e in quale misura questa debba esser prestata (v. DTF 123 II 134 consid. 1d; 118 Ib 269 consid. 2e). Non è tuttavia tenuta, come lo sarebbe un'autorità di vigilanza, a verificare d'ufficio la conformità delle decisioni impugnate con l'insieme delle norme applicabili (v. DTF 123 II 134 consid. 1d; 119 Ib 56 consid. 1d).

E. 1.5

Interposto tempestivamente contro la decisione di chiusura del Ministero pubblico ticinese, il ricorso, che contro la decisione di trasmissione ha effetto sospensivo per legge (art. 21 cpv. 4 lett. b e 80l cpv. 1 AIMP; DTF 120 Ib 179), è ricevibile sotto il profilo dell'art. 80g cpv. 1 e 2 in relazione con l'art. 25 cpv. 1 AIMP. La legittimazione della ricorrente, titolare del conto oggetto della criticata misura d'assistenza, è pacifica (v. art. 9a OAIMP; DTF 118 Ib 547 consid. 1d).

E. 2

La ricorrente sostiene che, dato lo statuto di diritto privato della fondazione H., il principio della doppia punibilità non sarebbe stato rispettato. A differenza di quanto potrebbe avvenire all'estero, in Svizzera non sarebbe previsto il reato di corruzione di persone che non ricoprono posizioni in seno allo Stato (art. 322ter e segg. CP).

E. 2.1

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 prevede 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 pagg. 121-122). Il Tribunale non deve procedere a un esame dei reati e delle norme penali menzionati nella domanda di assistenza e verificare la loro corrispondenza con le norme del diritto svizzero. Esso deve vagliare piuttosto, limitandosi a un esame "prima facie", se i fatti adottati 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; ZIMMERMANN, La

- 5 -

coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berna 2004, n. 352, pag. 397). 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; ZIMMERMANN, op. cit., n. 353-354, pag. 399 e segg.).

La condizione della doppia punibilità deve essere esaminata secondo il diritto in vigore nello Stato richiesto nel momento in cui la decisione sulla cooperazione è presa, e non secondo il diritto in vigore al momento della conclusione di un trattato, della commissione di un'eventuale infrazione o della presentazione della domanda di assistenza (DTF 129 II 462 consid. 4.3 pag. 465; 122 II 422 consid. 2a; 120 Ib 120 consid. 3b/bb pag. 125; sentenza TPF RR.2007.34 del 29 marzo 2007, consid. 4.2; ZIMMERMANN, op. cit., n. 352-1, pag. 397; POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2001, n. 236, pag. 157).

E. 2.2

Nella fattispecie, l'autorità rogante, nel suo esposto dei fatti, ha ritenuto che G., nonostante la privatizzazione della H. a partire dal 1° gennaio 1995, abbia agito, dato il suo ruolo di presidente della fondazione nonché di presidente della commissione istituita per l'espletamento della gara in questione, in qualità di pubblico ufficiale, contravvenendo all'art. 319 del Codice penale italiano. Tale statuto è stato riconosciuto e confermato anche dal Giudice per le indagini preliminari nella sua ordinanza di applicazione della misura coercitiva degli arresti domiciliari concernente alcuni indagati emessa il 19 settembre 2006 (v. act. 8.1, pagg. 11-12). Non vi è ragione alcuna per scostarsi da tali constatazioni.

E. 2.3

Per quanto attiene al diritto svizzero, gli art. 322ter e segg. CP trattano della corruzione di pubblici ufficiali svizzeri. La questione centrale è quella di definire la nozione di pubblico ufficiale, più particolarmente quella di funzionario. Secondo l'art. 110 n. 3 CP, per funzionari s'intendono i funzionari e impiegati di un'amministrazione pubblica e della giustizia, nonché le persone che vi occupano provvisoriamente un ufficio o un impiego o esercitano temporaneamente pubbliche funzioni. Il Tribunale federale ha già avuto l'occasione di affermare che devono ugualmente essere considerati funzionari, nel senso della disposizione summenzionata, coloro che espletano una funzione ufficiale a favore della collettività pubblica, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di servizio con la medesima. Non deve, per contro, essere considerato un funzionario colui che, nonostante l'esercizio di una funzione ufficiale, non è legato alla collettività da relazione di dipendenza (in tedesco "Verhältnis der Abhängigkeit"). Decisivo per la qualificazione di funzionario è determinare se l'attività esaminata è di natura ufficiale, ossia se essa è svolta per l'adempimento di un compito pubblico a favore della collettività (DTF 121 IV 216 consid. 3a; 76 IV 150 consid. 1; 71 IV

- 6 -

139 consid. 1; 70 IV 212 consid. II/1; FF 1999 pag. 4749 e segg.; ROLF KAISER, Die Bestechung von Beamten, Zurigo 1999, pag. 92 e segg.; PIETH, Commentario basilese, n. 4 e segg. ad art. 322ter CP; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II, § 57 n. 5 e segg.; JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zurigo 2004, pag. 314 e segg.; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, Berna 2002, n.

E. 2.4

A titolo abbondanziale, vi è da rilevare che il Tribunale federale, chinandosi su un caso italiano in cui l'amministratore di una società anonima incaricata di assolvere un compito pubblico – più precisamente la gestione di un'autostrada – aveva accettato delle bustarelle, ha affermato, lasciando indecisa la questione di sapere se tale amministratore poteva essere

definito un funzionario, che il comportamento del corruttore poteva comunque essere punito in virtù dei vecchi art. 4 lett. b e 23 della legge contro la concorrenza sleale (LCSl, RS 241). Il fatto di concedere ingiustificati vantaggi ad un impiegato (nozione che comprende anche gli alti impiegati e i membri di organi di una persona giuridica) di un terzo per farlo mancare ai suoi doveri di servizio o d'affari e procurarsi così un profitto è stato considerato un atto grave, poiché volto a falsare il gioco normale della concorrenza (sentenza 1A.213/1995 del 17 maggio 1995, consid. 3b, con i riferimenti dottrinali; ZIMMERMANN, op. cit., n. 362-1, pag. 411; QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Procès de corruption en Suisse*, Vol. I, Basilea 2000, pag. 330). Questo varrebbe a maggior ragione oggi, visto che dal 1° luglio 2006 sia la corruzione attiva che quella passiva sono punite in maniera ancora più esplicita sulla base dei nuovi art. 4a e 23 LCSl (FF 2004 pag. 6213 e segg.), disposizioni

- 8 -

che, se il funzionario in questione non fosse considerato un funzionario pubblico ai sensi degli art. 322ter e segg., potrebbero senz'altro applicarsi alla fattispecie; motivo per cui la doppia punibilità sarebbe in ogni caso data.

E. 3

La ricorrente sostiene che le lettere del 25 gennaio e del 1° febbraio 2007 del L. concernenti la relazione n. K. a lei intestata, oggetto della decisione impugnata, non hanno nulla a che vedere con l'acquisizione d'informazioni sulle modalità di restituzione di € 3 milioni nel novembre 2005, dal cui contesto esulerebbero completamente. Tale documentazione non sarebbe né pertinente né rilevante per i fatti rimproverati a F. e la sua trasmissione all'autorità estera costituirebbe un'esecuzione "ultra petita" della richiesta d'assistenza, in violazione del principio della proporzionalità e del divieto di ricerca indiscriminata di prove ("fishing expedition").

E. 3.1

L'assunto ricorsuale, sul quale è imperniato il ricorso, secondo cui il Ministero pubblico ticinese avrebbe agito "ultra petita", non regge. Questo principio, desumibile da quello della proporzionalità, vieta all'autorità richiesta di andare oltre i provvedimenti postulati dall'autorità richiedente (cosiddetto "Uebermassverbot", sentenza del Tribunale federale 1A.258/2006 del 16 febbraio 2007, consid. 2.3; DTF 116 Ib 96 consid. 5b; 115 Ib 186 consid. 4 pag. 192 in fine, 373 consid. 7). La recente 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, come nella fattispecie, 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.). Vi è tuttavia da rilevare che l'autorità rogante, pur postulando precise misure istruttorie legate a certi movimenti bancari o a certe persone, ha comunque dichiarato che se dagli atti in questione fossero emersi precisi riferimenti a istituti di credito, essa chiedeva ugualmente l'acquisizione della documentazione relativa (v. act. 8.2, pto 3). La trasmissione delle lettere di cui sopra non può quindi essere interpretata come una risposta che va al di là di quanto richiesto.

E. 3.2

Neppure la censura concernente l'asserita lesione del principio di proporzionalità, per avere il Ministero pubblico ticinese ordinato la trasmissione di documenti bancari non pertinenti o rilevanti per l'inchiesta estera, ha pregio. 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'oppor-

- 9 -

tunità di assumere determinate prove e non può sostituire il proprio potere di apprezzamento a quello dell'autorità estera che conduce le indagini (v. DTF 132 II 81 consid. 2.1). 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; ZIMMERMANN, op. cit., n. 476, pag. 513 e segg.), sia manifestamente disatteso (DTF 120 Ib 251 consid. 5c) 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). V'è da rilevare, infine, il principio dell'utilità potenziale elaborato dal Tribunale federale, secondo il quale non vengono trasmessi all'autorità rogante soltanto quei mezzi di prova certamente privi di rilevanza per il procedimento penale all'estero (v. DTF 126 II 258 consid. 9c pag. 264; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b). Come rilevato dall'autorità d'esecuzione, nell'ambito della rogatoria riguardante l'inchiesta in corso in Italia è emerso, grazie ad una comunicazione del L. (v. act. 8.3), che il conto della ricorrente è stato toccato da un'operazione riconducibile a F. nel quadro della quale è stato fatto uso di un documento già utilizzato per giustificare il prelevamento in contante, il 14 novembre 2005, di € 3 milioni da un conto intestato alla società N. – società riconducibile a F. -, importo che sarebbe servito a restituire l'acconto versato nel maggio 2004. Significativo è pure il fatto che è stata la banca stessa a mettere in relazione l'addebito di € 251'000.- del 29 aprile 2005 con l'accredito di € 250'016.25 del 2 maggio 2005 avvenuti sul conto della ricorrente. È d'uopo infine sottolineare che gli atti di cui è stata disposta la trasmissione sono quelli relativi all'apertura del conto, alle operazioni di accredito e addebito appena menzionate nonché alla giustificazione del prelevamento di € 3 milioni di cui sopra. Quanto precede dimostra che l'autorità d'esecuzione ha ben ponderato e circoscritto quanto poteva essere utile all'autorità rogante, permettendo unicamente la trasmissione di quella documentazione potenzialmente connessa con i fatti oggetto dell'inchiesta estera. Neppure le ulteriori informazioni apportate dalla ricorrente in sede di replica concernenti le operazioni di addebito e di accredito summenzionate permettono di concludere che tali documenti non siano di rilievo per il procedimento penale italiano. La ricorrente stessa si esprime d'altronde in termini di "plausibilità" dell'estraneità dell'operazione in esame coi fatti incriminati (v. act 12, pag. 5). Nemmeno determinante può risultare una dichiarazione a discarico fornita dalla ricorrente medesima (v. act. 12, pag. 5 e act. 12.1). In definitiva, la ricorrente parrebbe misconoscere il principio dell'utilità potenziale dei documenti da trasmettere per il procedimento estero; utilità che non può manifestamente essere esclusa nella fattispecie. Spetterà infatti al giudice estero del merito valutare l'effettiva connessione tra le operazioni di accredito e addebito avvenute sul conto della ricorrente e la restituzione

- 10 -

dell'anticipo di € 3 milioni relativo al presunto patto corruttivo. La contestata trasmissione è giustificata, se del caso, anche allo scopo di permettere all'autorità estera di poter verificare se, sulla base di queste nuove risultanze, l'ipotesi accusatoria sia ancora fondata (v. DTF 118 Ib 547 consid. 3a; sentenza del Tribunale federale 1A.252/2002 del 13 marzo 2003, consid. 2.4).

E. 3.3

La "fishing expedition" è definita dalla giurisprudenza una ricerca generale ed indeterminata di mezzi di prova per 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 è vietato in ambito di assistenza internazionale sia alla luce del principio della specialità che di quello della proporzionalità (POPP, op. cit., n. 103, pag. 72 e n. 309, pag. 204 e seg.). Tale divieto si fonda semplicemente sul fatto che è inammissibile procedere a caso nella raccolta delle prove (DTF 113 Ib 257 consid. 5c). Nella fattispecie l'autorità rogante non si è certo mossa a caso nella sua inchiesta: le indagini della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma sono da porre in relazione alla gara d'appalto incriminata; l'ipotesi di reato è quella di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio giusta l'art. 319 del Codice penale italiano; la relazione bancaria oggetto della rogatoria internazionale riguarda la A., del cui conto in Svizzera, almeno per le operazioni di accredito e addebito di € 250'000.- circa, è avente diritto economico F., il quale è indagato nel procedimento penale in questione perché sospettato di concorso in corruzione di un funzionario dell'H. responsabile della suddetta gara d'appalto. A queste condizioni non è certo possibile parlare di "fishing expedition". Al contrario la commissione rogatoria rispetta tutti i crismi della proporzionalità e della specialità.

E. 4

Discende da quanto precede che il ricorso deve essere integralmente respinto. Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 PA richiamato l'art. 30 lett. b LTPF). La tassa di giustizia è calcolata giusta l'art. 3 del Regolamento sulle tasse di giustizia del Tribunale penale federale (RS 173.711.32) ed è fissata nella fattispecie a fr. 5'000.-.

La competenza del Tribunale penale federale di disciplinare i dettagli relativi alla determinazione delle tasse di giustizia, pur non essendo esplicitamente riservata all'art. 63 cpv. 5 PA, si fonda sull'art. 15 cpv. 1 lett. a LTPF. Nello stesso Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale, del 28 febbraio 2001, veniva del resto riconosciuta l'autonomia amministrativa dell'autorità giudiziaria federale nel calcolo delle tasse di giustizia, delle spese ripetibili accordate alle parti e nella determinazione degli onorari e delle spese in caso di patrocinio gratuito (v. FF 2001 pag. 3962), mentre non risulta dai dibattiti parlamentari che il legislatore, attribuendo la competenza in ambito di AIMP al Tribunale penale fe-

- 11 -

derale invece che al Tribunale amministrativo federale come originariamente previsto dal Consiglio federale, abbia voluto scostarsi in questo ambito dal principio dell'autonomia dell'autorità giudiziaria (v. Boll. Uff. 2004 CN pag. 1570 e segg.; 2005 CSt pag. 117 e segg., CN pag. 643 e segg.). Ne consegue che la riserva di cui all'art. 63 cpv. 5 PA va interpretata analogicamente come riserva anche nei confronti dell'art. 15 cpv. 1 lett. a LTPF.

- 12 -

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.