

BStGer RR.2007.51 vom 29. Mai 2007

Bundesstrafgericht, 2007-05-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2007.51

FR: TPF RR.2007.51 du 29 mai 2007

IT: TPF RR.2007.51 del 29 maggio 2007

Regeste

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale al Brasile Presenza di funzionari esteri (art. 65a 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 federativa del Brasile e la Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dall'art. XVII del Trattato d'extradizione concluso dai due Paesi il 23 luglio 1932 ed entrato in vigore il 24 febbraio 1934 (RS 0.353.919.8). Giova rilevare, a titolo informativo, che un trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra

- 4 -

i due Stati è stato firmato il 12 maggio 2004 (in seguito: progetto di Trattato) e che il Consiglio federale ha recentemente sottoposto il relativo disegno di decreto federale all'attenzione del Parlamento per l'approvazione (v. Messaggio del 28 febbraio 2007, FF 2007 p. 1847 e segg.). Ad ogni modo, alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto nell'unico trattato attualmente in vigore non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello convenzionale, si applica 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; 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 dell'assistenza sono adempiuti e in quale misura questa debba essere 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. 123 II 134 consid. 1d; 119 Ib 56 consid. 1d).

E. 1.5

La decisione impugnata, che autorizza la presenza di funzionari dello Stato rogante durante la consultazione e la cernita della documentazione bancaria in Svizzera costituisce una decisione incidentale. L'art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP dispone che le decisioni incidentali anteriori alla decisione di chiusura possono essere impugnate separatamente se causano un pregiudizio immediato e irreparabile mediante la presenza di persone che partecipano al processo all'estero. Analogamente a quanto prevedeva la giurisprudenza del Tribunale penale federale in applicazione della vecchia procedura ricorsuale, in questi casi il ricorso al Tribunale penale federale è ammissibile solo in via eccezionale (v. DTF 128 II 211 consid. 2.1, 353 consid. 3). Spetta al ricorrente indicare, sulla base di elementi specifici e concreti, in che cosa consista l'allegato pregiudizio e dimostrare che questo non potrebbe essere sanato mediante un giudizio che annulli, se del caso, la sopravveniente decisione di chiusura (DTF 130 II 329 consid. 2; 128 II 353 consid. 3 e rinvii).

E. 2

Il ricorrente si duole innanzitutto di una presunta violazione del diritto di essere sentito, sostenendo che la motivazione della decisione impugnata sia insufficiente.

- 5 -

E. 2.1

Il diritto di ottenere una decisione motivata deriva dal principio di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost. L'art. 35 cpv. 1 PA prevede che le decisioni scritte, anche se notificate in forma di lettera, devono essere designate come tali, motivate, e indicare il rimedio giuridico. La motivazione può essere considerata sufficiente allorquando l'interessato è in misura di potersi rendere conto della decisione e di contestarla con cognizione di causa presso l'autorità di ricorso (DTF 126 I 15 consid. 2a/aa pag. 17; 125 II 369 consid. 2c; 124 II 146 consid. 2a, 124 V 180 consid. 1a e giurisprudenza citata; ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2a ediz., Berna 2004, n. 273-1, pag. 320; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, Berne 2000, pag. 266 e segg.). La violazione del diritto di essere sentito può tuttavia essere sanata se la persona destinataria della decisione ottiene la motivazione in sede di ricorso, posto che l'autorità di ricorso disponga di un pieno potere d'apprezzamento in fatto e in diritto. Il ricorrente deve aver avuto la possibilità di replicare (v. DTF 130 II 530 consid. 7.3 p. 562; 125 I 209 consid. 9a; 124 V 180 consid. 4a p. 183, 389 consid. 5a p. 392; ZIMMERMANN, *op. cit.*, n. 273-1, pag. 320 e giurisprudenza citata; BENOÎT BOVAY, *op. cit.*, pag. 268 e giurisprudenza citata).

E. 2.2

Nella fattispecie, la decisione impugnata – il cui oggetto è ben delimitato - spiega, anche se in maniera concisa, i motivi legati all'ammissione della presenza degli inquirenti esteri (v. soprattutto cifra VIII). Non v'è dubbio che gli elementi ivi contenuti sono stati sufficienti per permettere al ricorrente di comprenderne la portata e di interporre ricorso, ciò che è peraltro dimostrato dal ben articolato e relativamente lungo atto ricorsuale inoltrato alla presente autorità. In realtà, la questione determinante da chiarire è quella di sapere se la presenza delle autorità inquirenti brasiliane alle misure istruttorie previste su suolo elvetico causa o meno un pregiudizio immediato ed irreparabile al ricorrente. La motivazione contestata, seppur sintetica, non ha per nulla impedito a quest'ultimo di esprimersi su questo punto. La censura deve dunque essere disattesa. A titolo abbondanziale, si rileva che, quant'anche il diritto di essere sentito fosse stato violato da una carente motivazione della decisione impugnata, tale pregiudizio sarebbe stato comunque sanato nell'ambito della presente procedura, disponendo questa autorità di un pieno potere d'apprezzamento in fatto e in diritto (v. sentenza TPF RR.2007.18 del 21 maggio 2007, consid. 3.2) e avendo avuto il ricorrente la possibilità di replicare alle osservazioni del MPC e dell'UFG.

E. 3

Nella decisione impugnata il MPC ha stabilito che, a fronte della complessità del procedimento penale pendente all'estero, la presenza del magistrato e dei funzionari di polizia esteri, che posseggono un'approfondita conoscenza della vicenda, agevolerà considerevolmente l'esecuzione della do-

- 6 -

manda di assistenza. Ciò permetterà ugualmente di rispettare il principio della proporzionalità in quanto l'autorità rogante potrà rapidamente pronunciarsi sulla pertinenza delle informazioni per le sue indagini. Il ricorrente, dal canto suo, sostiene che il MPC conoscerebbe molto bene i fatti oggetto della rogatoria, vista l'esistenza di una procedura svizzera parallela concernente il caso della società C., per cui la presenza di funzionari esteri sarebbe superflua, anche perché gli atti istruttori da eseguire sarebbero semplici. Egli ritiene poi che il requisito del pregiudizio immediato ed irreparabile non può essere interpretato in maniera troppo restrittiva, aggiungendo che le autorità brasiliane avrebbero già in passato violato l'art. 65a AIMP. Nella sua decisione l'autorità rogata non avrebbe inoltre puntualizzato le condizioni (rigide) da porre agli inquirenti esteri per la loro presenza. Il ricorrente afferma ugualmente che la dichiarazione di garanzia in lingua italiana sarebbe priva di valore, mentre quella in lingua portoghese sarebbe contraria alla giurisprudenza consolidata, visto che permetterebbe ai funzionari brasiliani di prendere delle note durante gli atti istruttori. Infine, se la presenza dovesse essere concessa, essa dovrebbe essere permessa unicamente al magistrato incaricato dell'inchiesta e non ai funzionari di polizia.

E. 3.1

Di massima, la presenza di funzionari esteri durante una misura di esecuzione non implica ancora, per l'interessato, un pregiudizio immediato e irreparabile. Ciò può essere il caso quando sussista il rischio che le autorità estere, con la loro presenza, possano avere conoscenza di fatti inerenti alla sfera segreta prima che l'autorità competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza. Questo rischio, di regola, può tuttavia essere evitato, se l'autorità svizzera adotta le misure necessarie atte a impedire

un'utilizzazione anticipata e prematura delle informazioni nell'ambito del procedimento estero, ad esempio impedendo che i funzionari stranieri prendano appunti su fatti inerenti alla sfera segreta e differendo la consegna di copie di atti fino alla crescita in giudicato della decisione di chiusura (DTF 128 II 211 consid. 2.1; 127 II 198 consid. 2b pag. 204; sentenza 1A.217/2004 del 18 ottobre 2004, consid. 2.6, parzialmente pubblicata in RtiD I-2005, n. 42, pag. 162 e segg.). A tal proposito è interessante rilevare il contenuto dell'art. 8 del progetto di Trattato, secondo il quale lo Stato richiesto autorizza, su domanda dello Stato richiedente, i rappresentanti delle autorità di quest'ultimo e i partecipanti al procedimento, nonché i loro difensori, ad assistere all'esecuzione della domanda sul proprio territorio (n. 2); in base alla cifra 4, tale presenza non può avere come conseguenza che le informazioni inerenti a una sfera protetta da segreto siano portate a conoscenza delle persone in questione, prima che l'autorità competente abbia deciso definitivamente sulla concessione e la portata dell'assistenza (v. FF 2007 p. 1872). Sebbene tale disposizione non sia ancora in vigore, essa corrisponde in pratica a quanto prescrive a livello di diritto nazionale

- 7 -

l'art. 65a cpv. 3 AIMP.

E. 3.2

Nella fattispecie, il ricorrente si limita ad affermare in maniera vaga che la presenza di funzionari esteri durante le perquisizioni e le consultazioni degli atti comporterebbe un danno immediato e irreparabile, nella misura in cui ogni informazione che un funzionario brasiliano presente a misure di assistenza potrà memorizzare diventerebbe un'informazione trasmessa all'autorità rogante prima della decisione di chiusura della procedura di assistenza. Essendo in corso diverse inchieste parallele in vari Paesi concernenti il dissesto C., nell'ambito delle quali avrebbero luogo numerose riunioni di coordinamento tra le autorità inquirenti, il rischio di fughe di notizie sarebbe altissimo. Se le informazioni bancarie dovessero pervenire alle parti civili, il ricorrente si troverebbe esposto al pericolo immediato di sequestro dei suoi averi patrimoniali su territorio elvetico o altrove (v. replica pag. 2 e seg.). L'assunto non regge già per il fatto che, così come è genericamente formulato, vanificherebbe *eo ipso* qualsiasi applicazione concreta dell'art. 65a AIMP, dato che per l'autorità d'esecuzione è difficilmente verificabile quanto e quali informazioni i funzionari esteri memorizzino in tali operazioni. Ciò che conta tuttavia non è l'asserita memorizzazione di dati, o anche la semplice presa di conoscenza di essi, quanto un loro eventuale utilizzo anticipato rispetto alla decisione di chiusura (v. anche PASCAL DE PREUX/CHRISTOPHE WILHELM, *La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale*, in SJZ 102/2006, pag. 97). Contrariamente a quanto pretende il ricorrente, la presenza dei funzionari in questione non è orientata a carpire in maniera abusiva informazioni da utilizzare anticipatamente nella procedura all'estero, ma semplicemente ad agevolare in maniera considerevole l'esecuzione della domanda di assistenza come pure il procedimento penale stesso. Come sottolinea giustamente il MPC nella decisione impugnata e nelle proprie osservazioni, a fronte della complessità e della portata della stessa procedura penale, la loro presenza è molto utile perché essi soltanto dispongono di un'approfondita conoscenza della vicenda. Orbene, l'art. 65a cpv. 2 AIMP prevede in maniera esplicita che la presenza di partecipanti al processo all'estero può essere ammessa qualora possa agevolare considerevolmente l'esecuzione della domanda o il procedimento penale all'estero, come appunto nel caso

concreto. Alle persone in questione è tuttavia fatto divieto, in virtù della sopraccitata disposizione nazionale, di utilizzare in maniera anticipata delle informazioni nel procedimento estero. La cifra 9 della decisione litigiosa ribadisce questo divieto, premettendo che la pre- senza deve rimanere puramente passiva (in ossequio alla giurisprudenza pubblicata in DTF 118 Ib 547 consid. 6c; 117 Ib 51 consid. 5a; 113 Ib 157 7c). Non da ultimo l'autorità rogante ha sottoscritto formalmente, in data 22/23 marzo 2007, una dichiarazione di garanzia, in italiano e portoghese,

- 8 -

nella quale si obbliga a non utilizzare le eventuali informazioni risultanti dall'assunzione delle prove, prima che la decisione di chiusura sia definitiva. In base al principio della buona fede nelle relazioni tra Stato e Stato (su questo principio v. DTF 121 I 181 consid. 2c/aa; 101 Ia 405 consid. 6bb; LAURENT MOREILLON, *Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand*, Basilea 2004, n. 223 e segg. dell'introduzione generale; ZIMMERMANN, op. cit., n. 86, 87-1, pag. 91 e segg.; PETER POPP, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Basilea 2001, n. 52 e segg., pag. 39 e segg.), l'autorità rogante è tenuta a rispettare in maniera fedele e leale un simile impegno e non vi sono ragioni per credere che non lo farà (v. anche, con riferimento alla giurisprudenza relativa all'art. 80p AIMP, ROBERT ZIMMERMANN, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, in *AJP/PJA* 1/2007, pag. 63). In questo senso il rischio di abusi adombrato nel gravame si rivela privo di consistenza. Per quanto attiene alla asserita possibilità per i funzionari esteri di prendere note scritte in occasione della consultazioni degli atti, va sottolineato, a scanso di equivoci, che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, il testo portoghese della dichiarazione di garanzia non può essere compreso come autorizzazione in tal senso, come se si fosse scritto "tomar notas" (al plurale) rispettivamente "escrever notas" o anche "pegar notas". L'espressione "tomar nota", nel contesto in cui è inserita, può essere solo tradotta con "prendere conoscenza" e non "prendere delle note scritte" (v. *Dizionario completo Italiano – portoghese [brasiliiano] e portoghese [brasiliiano] – italiano*, Parte seconda, ed. Ulrico Hoepli Milano, pag. 968 e 706) e quindi come divieto di usare anticipatamente eventuali informazioni di cui in funzionari esteri venissero a conoscenza. Il testo in italiano della dichiarazione conferma peraltro tale interpretazione. Ad ogni modo, l'autorità rogata dovrà assicurarsi che l'atteggiamento dei partecipanti al procedimento estero rimanga effettivamente passivo. Essa verificherà ulteriormente che il magistrato ed i funzionari di polizia esteri abbiano effettivamente compreso tale obbligo, adottando inoltre tutte le misure indicate dalla giurisprudenza per impedire un'utilizzazione anticipata e prematura delle informazioni nell'ambito del procedimento estero. Ne consegue che, contrariamente alla tesi ricorsuale, non vi sono elementi per ritenere che la decisione impugnata sia atta a cagionare all'insorgente un pregiudizio immediato e irreparabile. Nella fattispecie non è dunque adempiuto il tassativo requisito di ammissibilità di cui all'art. 80e cpv. 2 prima frase AIMP.

E. 3.3

Per il resto il ricorrente si diffonde in censure di merito sulla procedura di assistenza nel suo complesso, come se si trovasse già di fronte ad una decisione di chiusura, omettendo così di considerare che, nell'ambito di un ricorso incidentale, il principio della celerità, recepito all'art. 17a AIMP (v.

MAURO MINI, Il principio della celerità in materia penale, in *Diritto senza devianza. Studi in onore di Marco Borghi*, Bellinzona/Basilea 2006, pag. 533) impone di risolvere unicamente le questioni suscettibili di comportare un pregiudizio immediato e irreparabile, come appunto in concreto la presenza di funzionari esteri. Le altre questioni potranno essere invece sollevate, se del caso, in relazione a una decisione di chiusura (DTF 130 II 329 consid. 3; sentenza 1A.172/1999 del 29 settembre 1999, consid. 3e, pubblicata in *Pra* 2000 Nr. 38, pag. 204 e seg.).

E. 3.4

Le considerazioni appena espresse si applicano ugualmente alle richieste formulate dal ricorrente tese a richiamare l'intero incarto relativo alla procedura penale svizzera, tutti gli atti concernenti le rogatorie avvenute o in corso concernenti il dissesto società C. nonché quelli inerenti la vicenda E.. Tale documentazione non è atta a chiarire l'unico aspetto qui determinante, ossia l'esistenza o meno, nella fattispecie, di un danno immediato ed irreparabile derivante dalla presenza degli inquirenti brasiliani alla consultazione degli atti concernenti i conti bancari del ricorrente. Analogo discorso per quanto riguarda le nuove richieste, formulate peraltro solo in sede di replica e quindi di per sé tardive (v. art. 80k AIMP), di pretendere dall'autorità rogante un parere legale relativo alla compatibilità o meno alla legislazione brasiliana della dichiarazione di garanzia sottoscritta e di essere informati sulla sorte delle informazioni utilizzate prima della decisione di chiusura. Si ribadisce che il quadro legislativo nazionale, unitamente alla dichiarazione di garanzia già sottoscritta dalle autorità brasiliane, permettono di affermare che nulla osta alla presenza sia del magistrato che conduce l'inchiesta che dei funzionari di polizia giudiziaria esteri. Non vi è altresì ragione alcuna per escludere quest'ultimi dalla cernita della documentazione bancaria concernente il ricorrente (v. Messaggio del 29 marzo 1995, FF 1995 III pag. 23; ZIMMERMANN, op. cit., n. 231, pag. 254). Infine, va rilevato come il Consiglio federale, nel sopraccitato Messaggio del 28 febbraio 2007, non abbia ravvisato nessuna incompatibilità in questo ambito con la legislazione brasiliana (v. in part. FF 2007 pag. 1856 e seg.).

E. 4

Visto quanto precede, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile nella sua integralità. 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. 4'000.-. 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 federale 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.

- 11 -

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.