

BStGer RR.2017.326 vom 28. März 2018

Bundesstrafgericht, 2018-03-28, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2017.326

FR: TPF RR.2017.326 du 28 mars 2018

IT: TPF RR.2017.326 del 28 marzo 2018

Regeste

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale al Perù. Autorizzazione a rappresentare.

Erwägungen

E. 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), la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale giudica i gravami in materia di assistenza giudiziaria internazionale.

E. 1.2

I rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale fra la Repubblica del Perù e la Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dal Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica del Perù del 21 aprile 1997, entrato in vigore il 2 dicembre 1998 (RS 0.351.964.1). Vista la natura dei reati oggetto della rogatoria peruviana, pure applicabile nella fattispecie è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, conclusa il 31 ottobre 2003, entrata in vigore per il Perù il 14 dicembre 2005 e per la Svizzera il 24 ottobre 2009 (RS 0.311.56). Alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto in tali convenzioni 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, DTF 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

E. 1.3

La procedura di ricorso è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021) e dalle disposizioni dei pertinenti atti normativi in materia di assistenza giudiziaria (art. 39 cpv. 2 lett. b LOAP e 12 cpv. 1 AIMP; v.

DANGUBIC/KESHELAVA, Commentario basilese, *Internationales Strafrecht*, 2015, n. 1 e segg. ad art. 12 AIMP), di cui al precedente considerando.

E. 2

Giusta l'art. 80e cpv. 1 AIMP, la decisione dell'autorità cantonale o federale d'esecuzione relativa alla chiusura della procedura d'assistenza giudiziaria può essere impugnata, congiuntamente alle decisioni incidentali anteriori, con ricorso alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale. Secondo il capoverso 2 della medesima disposizione,

le decisioni incidentali anteriori alla decisione di chiusura possono essere impugnate separatamente se causano un pregiudizio immediato e irreparabile mediante: il sequestro di beni e valori (lett. a) o la presenza di persone che partecipano al processo all'estero (lett. b). Di principio, l'art. 80e cpv. 2 AIMP enumera in maniera esaustiva le decisioni impugnabili anteriormente alla decisione di chiusura (DTF 127 II 198 consid. 2b; 126 II 495 consid. 5; TPF 2011 205 consid. 1.4.1; ZIMMERMANN, *La coopération*

- 4 -

judiciaire internationale en matière pénale, 4a ediz. 2014, n. 512 pag. 511). Secondo l'art. 80h AIMP, ha diritto di ricorrere: l'Ufficio federale (lett. a) o 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 (lett. b).

Secondo la giurisprudenza, di principio, lo Stato richiedente non è parte alla procedura di assistenza e non è abilitato a ricorrere in ambito rogatorio (v. DTF 125 II 411 consid. 3a). Sempre ai sensi della giurisprudenza, gli agenti dello Stato richiedente non sono considerati parti alla procedura e, di riflesso, non sono di per sé abilitati a ricorrere (v. ZIMMERMANN, *op. cit.* n. 284 pag. 279- 280). Ne consegue che, nella fattispecie, né lo Stato richiedente né il ricorrente, rappresentante di quest'ultimo, sarebbero abilitati a ricorrere, precisato inoltre che il ricorrente non è comunque personalmente e direttamente toccato da una misura di assistenza ai sensi dell' art. 80h lett. b AIMP. Ci si potrebbe tuttavia chiedere se la legittimazione a ricorrere dello stesso non possa essere data sulla base degli art. 25 cpv. 1 AIMP e 48 cpv. 1 PA. La questione non merita tuttavia ulteriori approfondimenti, dato che il gravame risulta comunque infondato anche nel merito per i motivi che seguono.

E. 3

Il ricorrente lamenta innanzitutto la violazione del suo diritto di essere sentito. Da una parte, il MPC non gli avrebbe dato la possibilità, come da lui espressamente richiesto, di esprimersi sulle ragioni che avrebbero poi portato l'autorità a emanare il decreto impugnato. D'altra parte, egli ritiene che quest'ultimo sarebbe insufficientemente motivato, nella misura in cui non verrebbe spiegato in maniera precisa, per ogni rogatoria, quali sarebbero i motivi che creerebbero il conflitto d'interesse.

E. 3.1

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; ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsvorgehen des modernen Staates*, tesi di laurea 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 è possibile una sua sanatoria se la persona toccata ottiene la possibilità di esprimersi in merito davanti ad un'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; 118 Ib 111 consid. 4; sentenze del Tribunale federale 1C_659/2015 del 30 dicembre 2015 consid. 1.2; 1C_492/2012 del 9 ottobre 2012 consid. 2.1; 1C_525/2008 e

1C_526/2008 del 28 novembre 2008 consid. 1.3; TPF 2008 172 consid. 2.3), e se non vi è motivo di ritenere che l'autorità di esecuzione abusi di questa possibilità, interpretandola come invito a violare sistematicamente il diritto di essere sentiti (DTF 126 II 111 consid. 6b/aa e sentenza del Tribunale federale 1C_127/2012 del 29 febbraio 2012, consid. 2.2).

L'obbligo di motivazione, derivante a sua volta dal diritto di essere sentito, prevede che l'autorità debba menzionare, almeno brevemente, i motivi che l'hanno indotta a decidere in un senso piuttosto che nell'altro e di porre pertanto l'interessato nelle condizioni di rendersi conto della portata del provvedimento e delle eventuali possibilità di impugnazione presso un'istanza superiore, che deve poter esercitare il controllo sullo stesso (v. DTF 136 I 229 consid. 5.5; 121 I 54 consid. 2; 117 Ib 481 consid. 6b/bb, nonché più ampiamente ALBERTINI, op. cit., pag. 400 e segg., con altri rinvii giurisprudenziali). L'autorità di esecuzione non è tenuta a discutere in maniera dettagliata tutti gli argomenti sollevati dalle parti, né a statuire separatamente su ogni conclusione che le viene presentata. Essa può limitarsi all'esame delle questioni decisive per l'esito del litigio (DTF 134 I 83 consid. 4.1; 130 II 530 consid. 4.3; 126 I 97 consid. 2b; sentenza del Tribunale federale 1B_380/2010 del 14 marzo 2011 consid. 3.2.1). La correttezza o meno del contenuto della motivazione non costituisce, secondo la prassi del Tribunale federale, elemento del diritto di essere sentito (DTF 114 Ia 233 consid. 2d; ALBERTINI, op. cit., pag. 405 con riferimenti).

E. 3.2.1

In concreto, va dapprima rilevato che il decreto impugnato è stato emanato dal MPC in seguito ad una precisa richiesta del ricorrente tesa ad ottenere un colloquio con l'autorità; esso non costituisce quindi un atto inaspettato che ha colto di sorpresa il medesimo. Ora, se è vero che il MPC avrebbe potuto rispondere più celermente al ricorrente, quindi già dopo il primo scritto del 30 ottobre 2017 (v. act. 1.2), occorre anche evidenziare che la problematica oggetto del decreto impugnato, ossia il possibile conflitto d'interessi dovuto alla precedente attività di procuratore federale del ricorrente, era già stata intuita da quest'ultimo prima del 5 dicembre 2017, data del decreto, ed evocata nella lettera del 30 novembre 2017 (v. act. 1.5), ragione per cui egli avrebbe potuto già in quel momento esprimersi al riguardo. Per tacere del fatto che in un precedente scritto del 23 giugno 2017, il Procuratore generale della Confederazione aveva già manifestato al ricorrente tutta la sua perplessità riguardo alla rappresentanza oggetto del litigio, rendendolo attento che le informazioni acquisite nell'ambito del complesso B. avrebbero creato una situazione problematica dal punto di vista del rispetto del segreto d'ufficio e del segreto professionale (v. act. 6.6). Non si vede quindi per quale ragione il MPC avrebbe dovuto dare la possibilità al ricorrente di (ulteriormente) esprimersi su quanto intendeva decidere mediante decreto a seguito della richiesta inoltratagli. In queste condizioni, il modo di procedere del MPC non presta quindi il fianco a critiche. Si fosse comunque giunti ad una

conclusione diversa, la violazione in questione avrebbe potuto essere sanata nell'ambito della presente procedura (v. supra consid. 3.1).

E. 3.2.2

Nel decreto impugnato, il MPC, dopo aver fatto riferimento all'art. 12 LLCA e alla giurisprudenza del Tribunale federale in materia di conflitto d'interessi, ha dichiarato quanto

segue (v. act. 1.1 pag. 2):

"A. è stato sino al 31.12.2016 Procuratore federale presso il Ministero pubblico della Confederazione. In tale veste si è occupato, tra gli altri, in prima linea del complesso B., come pure dell'evasione di commissioni rogatorie ivi relative. Nella sua qualità di procuratore federale egli ha avuto accesso a informazioni privilegiate sulla strategia del Ministero pubblico della Confederazione concernente il complesso B., come pure l'accesso a informazioni riservate contenute negli atti. Egli ha tra l'altro incontrato, nella sua veste di procuratore federale, a Berna nel dicembre 2016, l'autorità peruviana al fine di discutere dell'evasione della commissione rogatoria, già allora pendente, proveniente dalla Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corruption de Funcionarios e datata

E. 8

novembre 2016. In tale contesto ha inoltre reso le decisioni di entrata in materia ed incidentali (per esempio concernenti la presenza in Svizzera dei funzionari peruviani). Nella fattispecie non vi sono dubbi che l'avv. A. non potrà fare astrazione, nei suoi contatti con il cliente e con Codesto Ministero, di informazioni in suo possesso derivanti dalla sua pregressa attività di procuratore federale, tra l'altro proprio incaricato dell'evasione di almeno una commissione rogatoria peruviana (che figura tra le rogatorie la cui evasione è ancora pendente). La connessione tra i due mandati è dunque evidente e sufficiente a stabilire un rischio concreto e manifesto di conflitto di interessi".

Non v'è dubbio che quanto precede permette senz'altro, ed ha permesso in concreto al ricorrente, come testimoniato dal contenuto del gravame interposto, di comprendere la portata del provvedimento contestato, proprio come richiesto dalla giurisprudenza in materia (v. supra consid. 3.1). Non si ravvisa pertanto alcuna violazione del diritto di essere sentito. Gli ulteriori dettagli forniti dal MPC in sede di risposta (v. act. 6 pag. 2 e segg.) hanno del resto permesso al ricorrente di conoscere ancora più approfonditamente gli elementi fondanti il decreto impugnato e di ulteriormente motivare le proprie censure. Anche da questo punto di vista, un'eventuale violazione del diritto di essere sentito del ricorrente sarebbe stato sanato nell'ambito della presente procedura (v. ibidem).

4. Il ricorrente contesta l'esistenza di un conflitto d'interesse derivante dalla sua passata attività di procuratore federale in relazione all'attuale mandato assegnatogli dalle autorità di perseguimento penale peruviane. Egli sostiene di non aver mai indagato su fatti che toccherebbero la rogatoria peruviana e di non conoscere fatti che potrebbero essere rilevanti per l'esecuzione delle svariate

- 7 -

rogatorie presentate alla Svizzera. Avendo le autorità elvetiche e peruviane gli stessi scopi, ossia l'applicazione della legge, gli interessi in gioco sarebbero convergenti e non conflittuali. La conoscenza della rogatoria dell'8 novembre 2016 e la firma apposta alla relativa decisione di entrata nel merito non si opporrebbero a suo attuale mandato.

4.1 Secondo l'art. 21 PA, la persona perseguita può designare un patrocinatore. Se vi prescinde o non è in grado di farlo e la tutela dei suoi interessi lo richiede, le è nominato un patrocinatore d'ufficio (cpv. 1). Se la tutela dei loro interessi lo richiede, altre persone toccate da una misura d'assistenza o presenti alle indagini in qualità di parte lesa possono, all'atto dell'esecuzione dell'operazione d'assistenza, farsi assistere da un patrocinatore e, in

quanto lo scopo dell'inchiesta non ne sia pregiudicato, farsi rappresentare da lui (cpv. 2).

Giusta l'art. 12 lett. c LLCA, dal titolo "Regole professionali", l'avvocato è tenuto ad evitare qualsiasi conflitto tra gli interessi del suo cliente e quelli delle persone con cui ha rapporti professionali o privati. Il divieto di patrocinare in caso di conflitto di interessi è una regola essenziale della professione dell'avvocato, derivante in primo luogo dall'obbligo di indipendenza sancito all'art. 12 lett. b LLCA nonché da quelli di confidenzialità e diligenza nei confronti del cliente (sentenze del Tribunale federale 1B_226/2016 del 15 settembre 2016 consid. 3.1; 5A_967/2014 del 27 marzo 2015 consid. 3.3.2; 1A.223/2002 del 18 marzo 2003, consid. 5.2, con la dottrina citata). Vi è conflitto d'interessi ai sensi dell'art. 12 lett. c LLCA segnatamente quando, nel quadro di un nuovo mandato, vi è la possibilità di utilizzare, coscientemente o meno, le conoscenze protette dal segreto professionale acquisite in un precedente mandato. Occorre evitare ogni situazione potenzialmente suscettibile di causare un tale conflitto d'interessi (v. sentenze del Tribunale federale 1B_20/2017 del 23 febbraio 2017 consid. 3.1; 1B_226/2016 consid. 3.1; 5A_967/2014 consid. 3.3.2, con riferimenti). Un rischio puramente astratto o teorico non è sufficiente; esso deve essere concreto (sentenza 1B_20/2017 consid. 3.1; 1B_226/2016 consid. 3.1). Un conflitto d'interesse può emergere quando l'avvocato è intervenuto precedentemente e in altra veste in un litigio, sia questa di giudice, notaio, funzionario o mediatore (v. sentenze del Tribunale federale 2C_26/2009 del 18 giugno 2009 consid. 3.1; 2C_407/2008 del 23 ottobre 2008 consid. 3.3; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n. 1446). Il concetto essenziale è che l'avvocato non può assumere un mandato in una causa nella quale egli è precedentemente intervenuto in rappresentanza del potere pubblico (v. 2C_26/2009 consid. 3.1).

4.2 In concreto, si rileva che nel dicembre 2016 il ricorrente ha incontrato, nella sua veste di procuratore federale responsabile in Svizzera del procedimento B. (C. in Brasile) nonché di autorità d'esecuzione della rogatoria dell'8 novembre 2016 (v. act. 6.5), l'autorità rogante peruviana a Berna. Dopo tale incontro, e più

- 8 -

precisamente il 5 dicembre seguente, il ricorrente ha firmato due decisioni concernenti la predetta rogatoria, una di entrata in materia e l'altra relativa alla presenza di funzionari esteri agli atti d'esecuzioni della stessa (v. act. 6.2). Ora, come evidenziato dall'autorità d'esecuzione, l'evasione della commissione rogatoria peruviana è stata affidata al ricorrente in quanto responsabile del procedimento B. in Svizzera in possesso di tutte le informazioni, di potenziale interesse per l'autorità rogante, raccolte nell'ambito dell'inchiesta condotta in Svizzera. Senza addentrarsi nei dettagli relativi al contenuto del "complesso B.", quanto precede è sufficiente per affermare che l'assunzione da parte del ricorrente del mandato in favore delle autorità peruviane nella stessa procedura rogatoria nella quale egli era precedentemente autorità d'esecuzione – si rammenta che oggetto della procura rilasciata dalle autorità peruviane è proprio l'assistenza giudiziaria internazionale in relazione con il "complesso B." (v. act. 1.3) – è fonte di un palese conflitto d'interesse. In altre parole, il ricorrente, nella medesima procedura rogatoria, si è svestito dei panni di rappresentante dell'autorità pubblica che deve decidere (e che ha già emanato delle decisioni) sulla concessione o meno dell'assistenza giudiziaria internazionale – portandosi però con sé tutte le conoscenze e le informazioni acquisite in tale funzione – per vestire quelli dell'autorità estera che postula l'assistenza in parola. Si tratta di una situazione che stride senz'altro con i dettami dell'art. 12 lett. c LLCA e della giurisprudenza in materia

(v. supra consid. 4.1 in fine). Lo scritto del 21 luglio 2017 (v. act. 10.1), mediante il quale il Procuratore generale della Confederazione, in risposta alla lettera del ricorrente del 6 luglio 2017 (v. act. 6.7), sembrerebbe non aver formulato condizione o osservazione alcuna al mandato litigioso nulla muta a tale conclusione, anche perché le garanzie fornite dal ricorrente di intervenire in rappresentanza dello Stato peruviano solo dopo la chiusura della procedura rogatoria con la Svizzera, per l'analisi delle informazioni ricevute, non sono in realtà state rispettate, ciò che esclude quindi un'eventuale violazione del principio della buona fede. Le censure in questo ambito risultano dunque infondate.

5. In definitiva, la decisione impugnata va confermata ed il gravame respinto, nella misura della sua ammissibilità.

6. Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 PA). La tassa di giustizia 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 a complessivi fr. 2'000.–; essa è coperta dall'anticipo delle spese di fr. 2'000.– già versato.

- 9 -

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