

BStGer RR.2023.170 vom 7. März 2024

Bundesstrafgericht, 2024-03-07, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2023.170

FR: TPF RR.2023.170 du 7 mars 2024

IT: TPF RR.2023.170 del 7 marzo 2024

Regeste

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale all'Ucraina Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP) Ricusazione (art. 10 PA)

Erwägungen

E. 1.1

Il ricorso è redatto, legittimamente, in lingua tedesca. Non vi è tuttavia motivo di scostarsi dalla regola secondo cui il procedimento si svolge nella lingua della decisione impugnata, in concreto quella italiana (v. art. 33a cpv. 2 PA).

E. 1.2

La Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale giudica i ricorsi contro le decisioni di prima istanza delle autorità federali o cantonali in materia di assistenza giudiziaria internazionale, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 25 cpv. 1 legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale [AIMP; RS 351.1] del 20 marzo 1981, unitamente ad art. 37 cpv. 2 lett. a legge sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione [LOAP; RS 173.71] del 19 marzo 2010).

E. 1.3

I rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale fra Ucraina e Confederazione Svizzera sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1), entrata in vigore il 9 giugno 1998 per l'Ucraina e il 20 marzo 1967 per la Svizzera, e dal Secondo Protocollo addizionale dell'8 novembre 2001 alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (PAII CEAG; RS 0.351.12), entrato in vigore il 1° gennaio 2012 per l'Ucraina ed il 1° febbraio 2005 per la Svizzera. Di rilievo nella fattispecie è anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (RS 0.311.56), entrata in vigore il 1° gennaio 2010 per l'Ucraina e il 24 ottobre 2009 per la Svizzera. Alle questioni che il prevalente diritto internazionale non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello convenzionale (cosiddetto principio di favore) si applica la legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale unitamente alla relativa ordinanza (OAIMP; RS 351.11; v. art. 1 cpv. 1 AIMP; DTF 145 IV 294 consid. 2.1; 142 IV 250 consid. 3; 140 IV 123 consid. 2). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 145 IV 294 consid. 2.1; 123 II 595 consid. 7c; TPF 2016 65 consid. 1.2.).

- 5 -

E. 1.4

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, 2015, n. 1 e segg. ad art. 12 AIMP), di cui ai precedenti considerandi.

E. 1.5

Le decisioni dell'autorità cantonale o federale d'esecuzione relative alla chiusura della procedura d'assistenza giudiziaria (cosiddette decisioni di chiusura) possono essere impugnate congiuntamente alle decisioni incidentali anteriori, con termine di ricorso di trenta giorni (v. art. 80e cpv. 1 e 80k AIMP). Interposto tempestivamente contro la sopraccitata decisione di chiusura, il ricorso è ricevibile sotto il profilo degli art. 25 cpv. 1, 80e cpv. 1 e 80k AIMP. Titolare della relazione bancaria oggetto della decisione impugnata, il ricorrente è legittimato a ricorrere (v. art. 80h lett. b AIMP e art. 9a lett. a OAIMP nonché DTF 137 IV 134 consid. 5.2.1; 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; TPF 2007 79 consid. 1.6 pag. 82).

E. 2

Il ricorrente sostiene che questa Corte, composta dai giudici Roy Garré, Daniel Kipfer e Nathalie Zufferey, unitamente al cancelliere Giampiero Vacalli, si sarebbe già più volte confrontata con la domanda di assistenza giudiziaria del 23 dicembre 2021 presentata dal NABU (v. sentenze del Tribunale penale federale RR.2023.17 del 23 giugno 2023, nonché RR.2023.121 e RR.2023.122 del 13 novembre 2023), occasioni in cui essa avrebbe già statuito su censure simili a quelle qui presentate, respingendole in maniera chiara e definitiva. Dovesse quindi la Corte dei reclami penali statuire nella presente procedura nella medesima composizione, l'esito della stessa sarebbe scontato e non più aperto. Da ciò l'istanza di ricusazione delle suddette persone, le quali sarebbero prevenute e non più imparziali.

E. 2.1.1

L'art. 10 cpv. 1 PA prevede che le persone, cui spetti di prendere o preparare la decisione, devono ricusarsi: a) se hanno un interesse personale nella causa; b) se sono il coniuge o il partner registrato di una parte o convivono di fatto con essa; bbis) se sono parenti o affini in linea retta, o in linea collaterale fino al terzo grado, di una parte; c) se sono rappresentanti d'una parte o hanno agito per essa nella medesima causa; d) se possono avere per altri motivi una prevenzione nella causa. Secondo il cpv. 2 di tale disposizione, se la ricusazione è contestata, decide l'autorità di vigilanza; quando concerne un membro d'un collegio, decide quest'ultimo senza il suo concorso. Ciò nonostante, il Tribunale federale ha già avuto modo di affermare che, in caso di ricusazione in blocco di un tribunale, quest'ultimo può statuire esso stesso sull'istanza allorquando questa è abusiva o manifestamente infondata (v. DTF 129 III 445 consid. 4.2.2; sentenza del Tribunale federale 6B_556/2015 del 7 luglio 2015 consid. 2;

- 6 -

WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Kommentar, 2022, n. 42 ad art. 10 PA; CAPRARA/CERUTTI, La ricusazione nel procedimento civile, amministrativo e penale, 2023, n. 301; BREITENMOSER/WEYENETH, in Waldmann/Krauskopf [ed.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3a ediz. 2023, n. 121 ad art. 10 PA). Di

principio, un'istanza di riconsuazione in blocco di membri di un'autorità chiamata a statuire è irricevibile, a meno che non siano presentati motivi di riconsuazione concreti e individuali per ogni membro di tale autorità (v. sentenza del Tribunale federale 5A_249/2015 del 29 settembre 2015 consid. 5.1 con rin- vii). Una tale istanza in blocco senza indicazione dei motivi relativi a ogni mem- bro di un'autorità può nondimeno essere considerata, in certi casi, come diretta contro ogni membro individualmente a condizione tuttavia che l'istante motivi debitamente il suo approccio su tale punto (v. sentenze del Tribunale penale federale BB.2024.20 del 5 febbraio 2024 pag. 3 con rinvii).

E. 2.1.2

L'istituto giuridico della riconsuazione vieta l'influsso sulla decisione di circostanze estranee al processo che potrebbero privarlo della necessaria oggettività in fa- vore o a pregiudizio di una parte (sentenza del Tribunale federale 7B_844/2023 del 15 dicembre 2023 consid. 2.1). Sebbene la semplice affermazione della par- zialità basata sui sentimenti soggettivi di una parte non sia sufficiente per fon- dare un dubbio legittimo sull'imparzialità del magistrato, non occorre che egli sia effettivamente prevenuto: per giustificare la sua riconsuazione bastano infatti circostanze concrete idonee a suscitare l'apparenza di una prevenzione e a far sorgere un rischio di parzialità (v. CAPRARA/CERUTTI, op. cit., n. 267 e seg. e rinvii giurisprudenziali). La riconsuazione riveste un carattere eccezionale. Sotto il profilo oggettivo, occorre ricercare se la persona riconsuata offra le necessarie garanzie per escludere ogni legittimo dubbio di parzialità; in tale ambito sono considerati anche aspetti di carattere funzionale e organizzativo. Viene inoltre posto l'accento sull'importanza che possono rivestire le apparenze stesse. Tali circostanze possono risiedere in un determinato comportamento del magistrato interessato o nel ruolo da lui assunto per aspetti di natura funzionale o organiz- zativa. Decisivo è sapere se le apprensioni soggettive dell'interessato possono considerarsi oggettivamente giustificate (DTF 147 III 379 consid. 2.3.1, 89 consid. 4.1; 141 IV 178 consid. 3.2.1). Dev'essere garantito che il processo rimanga aperto nell'ottica di tutte le parti (DTF 143 IV 69 consid. 3.2; 133 I 89 consid. 3.3; 131 I 24 consid. 1.3; sentenza del Tribunale federale 1B_36/2022 del 4 feb- braio 2022 consid. 2.1) e questo anche se il giudice ha già avuto occasione in precedenza di affrontare fattispecie simili (v. DTF 143 IV 69 consid. 3.1; 140 I 326 consid. 5.1 e seg.; 137 II 431 consid. 5.3.2 e seg.). Ciò nondimeno, secondo la giurisprudenza e la dottrina, non vi è di per sé un'inammissibile prevenzione se un giudice è stato coinvolto in un procedimento precedente basato in parte sul medesimo contesto fattuale (v. DTF 115 Ia 34 consid. 2c/cc; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 4a ediz. 2021, n. 534; v. anche sentenza del Tribunale federale 1B_75/2020 del 10 dicembre 2020 consid. 2.2 e CHAIX, *La récusation devant les tribunaux*

- 7 -

(Aperçu de jurisprudence récente), CFPG, 2023, pag. 20) o riguardante la stessa persona ma in relazione ad altre fattispecie concrete (v. decisioni del Tribunale penale federale BB.2021.33 del 10 febbraio 2021; BB.2020.54 del

E. 2.2

In concreto, nella misura in cui l'istanza di riconsuazione è stata presentata nei confronti dell'intero collegio giudicante, senza sostanziare in maniera concreta e individuale i motivi per cui ogni singolo membro della Corte sarebbe da ricu- sare in quanto prevenuto e non imparziale, vi è da dubitare della sua ricevibilità, visto che comunque le sentenze citate dal

ricorrente non sono espressione dell'opinione di un singolo giudice ma di un organo collegiale chiamato a deliberare secondo le modalità definite dalla legge (v. art. 57 cpv. 1 LOAP, art. 17 cpv. 1 e art. 19 cpv. 3 regolamento sull'organizzazione del TPF, ROTPF; RS 173.713.161). La questione di sapere se si possa comunque considerare che l'istanza sia diretta contro ogni membro individualmente, non necessita di essere approfondita, visto che essa, per i motivi che seguono, risulta comunque palesemente infondata nel merito e per tanto, in virtù della suddetta giurisprudenza, può essere esaminata dallo stesso collegio ricusato.

Il fatto che questa Corte si sia già pronunciata su censure simili a quelle del ricorrente, proposte da altre persone coinvolte nel procedimento penale estero, non può evidentemente costituire motivo di ricusazione, visto che una determinata prassi giurisprudenziale, seppur riguardante lo stesso Paese e la stessa inchiesta estera, non può di per sé costituire motivo di ricusazione, visto che per ogni decisione impugnata il giudice dell'assistenza deve comunque valutare caso per caso la posizione di ogni singolo ricorrente, il suo ruolo nell'inchiesta estera, i differenti documenti da consegnare, i conti bancari toccati, le concrete misure richieste ecc. per cui l'esito del giudizio resta sempre aperto. Non fosse così, a fronte delle stesse inchieste estere, occorrerebbe costituire collegi giudicanti risp. organi decisionali diversi per ogni persona coinvolta, non soltanto presso questo Tribunale ma in definitiva anche presso l'UFG, le autorità di esecuzione e finanche al Tribunale federale, ciò che evidentemente, in assenza di oggettivi e concreti motivi di prevenzione, risulterebbe insensato e improponibile se non gonfiando gli effettivi degli apparati amministrativi e giudiziari svizzeri in maniera insostenibile sia sotto il profilo organizzativo che finanziario. In altre parole, assodato che il ricorrente non ha minimamente dimostrato che i singoli membri di questa Corte abbiano concreti motivi di prevenzione nei suoi confronti, preso atto che egli stesso sottolinea di non avere nulla da rimproverare loro sotto il profilo della condotta processuale e dei doveri professionali (v.

- 8 -

act. 15, pag. 10), il fatto che gli stessi debbano statuire nuovamente su censure simili a quelle già presentate da altri ricorrenti in relazione alla stessa inchiesta estera non costituisce palesemente un motivo di ricusazione ai sensi della giurisprudenza (v. supra consid. 2.1.2).

Da quanto sopra discende che la domanda di ricusazione di Roy Garré, Daniel Kipfer Fasciati, Nathalie Zufferey e Giampiero Vacalli va respinta nella misura della sua ricevibilità.

3. Il ricorrente censura la violazione del suo diritto di essere sentito, nella misura in cui il MPC gli avrebbe concesso un accesso solo parziale agli atti dell'incarto.

3.1 Il diritto di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost. contempla, tra l'altro, la facoltà per l'interessato di prendere conoscenza del fascicolo processuale. Nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, il diritto d'accesso agli atti è concretizzato all'art. 80b AIMP così come agli art. 26 e 27 PA, applicabili in virtù del rinvio di cui all'art. 12 cpv. 1 AIMP (v. sentenza del Tribunale federale 1A.57/2007 del 14 settembre 2007 consid. 2.1). Giusta l'art. 80b AIMP, gli aventi diritto possono partecipare al procedimento ed esaminare gli atti sempreché ciò sia necessario alla tutela dei loro interessi. È avente diritto ai sensi dell'art. 80b cpv. 1 AIMP chi ha la qualità di parte e dispone pertanto della legittimazione ricorsuale giusta l'art. 80h lett. b AIMP. Sono da mettere a disposizione dell'avente diritto solo gli atti

che lo concernono direttamente e personalmente. Il diritto d'accesso agli atti comprende tutti i documenti che possono essere rilevanti per la decisione: non solo quindi quelli raccolti in esecuzione della rogatoria, ma anche quelli concernenti la procedura rogatoria in senso stretto, in particolare la domanda di assistenza e gli altri documenti dello Stato richiedente (decisione del Tribunale penale federale RR.2012.249 del 13 febbraio 2013 consid. 4.2; POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2000, pag. 315 n. 463).

Una violazione del diritto di essere sentito da parte dell'autorità d'esecuzione non comporta automaticamente l'accoglimento del gravame e l'annullamento della decisione impugnata (v. WEISS/CASANOVA, Leichte oder schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs?, in: ZBJV 2020, pag. 27 e segg.). Secondo la giurisprudenza e la dottrina una violazione lieve del diritto di essere sentito può essere sanata, se la persona toccata ottiene la possibilità di esprimersi in merito davanti a 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_660/2019 del 6 gennaio 2020 consid. 3.1; 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; TPF 2007 57 consid.

- 9 -

3.2; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5a ediz. 2019, n. 472).

3.2 In concreto, si rileva che il MPC, con scritto del 19 ottobre 2023, ha trasmesso al ricorrente tutti gli atti che riguardano quest'ultimo, ossia: la rogatoria del 23 dicembre 2021; la decisione di entrata del merito del 28 gennaio 2022; il decreto relativo all'obbligo di consegna destinato alla banca C. del 12 luglio 2023 unitamente al complemento del 16 agosto 2023; la decisione di chiusura del 22 dicembre 2022 qui impugnata; la documentazione bancaria litigiosa (v. act. 6, pag. 2 e seg.). L'autorità d'esecuzione ha legittimamente oscurato le parti di determinati documenti che non riguardano il ricorrente, affermando che "si tratta di tutti – nonché i soli – documenti che riguardano la persona toccata con riferimento al procedimento rogatorio in questione. Non vi sono agli atti altri documenti riferiti ad A. – come emerge anche dall'elenco atti (con omissis relativi alle parti che non riguardano il qui ricorrente) che viene prodotto con la presente risposta – altrimenti il MPC li avrebbe messi a disposizione del patrocinatore del ricorrente" (act. 6, pag. 3). Per quanto riguarda la rogatoria, la medesima autorità aggiunge che "la stessa è stata annerita solo laddove venivano evocate parti terze rispetto al qui ricorrente, ininfluenti per rapporto alla posizione di quest'ultimo, che ad ogni momento ha potuto esprimersi in piena cognizione di causa (e sulla base di tutti gli atti che lo riguardano) come attesta del resto il suo articolato ricorso" (ibidem).

Alla luce di queste precisazioni dell'autorità precedente, confermate dalla documentazione agli atti, non si può che constatare che il ricorrente ha avuto accesso all'integralità degli atti che lo concernono, nel pieno rispetto della suddetta giurisprudenza. Ne consegue che la relativa censura va respinta.

3.3 In sede di replica, il ricorrente ha altresì censurato la mancata messa a disposizione da parte del MPC di un rapporto del 20 maggio 2019 redatto dalla società D., la quale, su incarico della banca B., avrebbe fatto luce sui vari flussi di denaro verso la Svizzera oggetto

dell'inchiesta estera. Egli lamenta inoltre la messa a sua disposizione tardiva della trasmissione spontanea d'informazione ex art. 67a AIMP effettuata dal MPC il 14 dicembre 2020, a monte della rogatoria ucraina.

Ora, premesso che tali censure avrebbero potuto essere presentate col ricorso, visto che dalla semplice lettura dell'incarto già a sua disposizione avrebbe potuto subito avvedersi di un'eventuale violazione del suo diritto di essere sentito in relazione a questi documenti (v. act. 1.3, pag. 2, nonché act. 1.5), si rileva che, per quanto riguarda il summenzionato rapporto del 20 maggio 2019, nella misura in cui esso è sì citato nella rogatoria ma non è stato fornito al MPC – tale documento non figura nell'elenco atti del MPC (v. rubrica 1 incarto MPC) –, la censura, tardiva e in definitiva anche infondata, risulta irricevibile (v. art. 32 PA).

- 10 -

Alla stessa conclusione occorre giungere per quanto concerne la citata trasmissione spontanea d'informazioni, tanto più che il ricorrente ha potuto prenderne comunque conoscenza, come da lui stesso asserito (v. act. 17, pag. 6), il 2 febbraio 2024 (v. act. 17.2), ossia prima di inoltrare la sua replica. Pur avendone avuto la possibilità egli non ha tuttavia sollevato censure di merito su questo documento, asserendo, a torto, che il tenore dell'invito a presentare la replica (act. 9), lo rendeva impossibile, quando in realtà è pacifico che in applicazione dell'art. 32 cpv. 2 PA le sue eventuali censure al riguardo avrebbero potuto essere tenute in considerazione, tanto più che egli ha richiesto e ottenuto due proroghe del termine per replicare (v. act. 10 e 11). È ovvio infatti che quando nell'invito a presentare la replica si afferma che essa si deve basare esclusivamente sulle conclusioni ed atti menzionati nelle risposte, aggiungendo che “allegazioni tardive non verranno di principio prese in considerazione” ciò non può che essere inteso, a maggior ragione da un patrocinatore professionista, come richiamo alle regole dell'art. 52 e dell'art. 32 PA e dei relativi principi processuali (v. DTF 136 II 165 consid. 4; MOSER, in Auer/Müller/Schindler [ed.], op. cit., n. 4 ad art. 52 PA). Ciò considerato, va comunque rilevato che nella sua risposta il MPC ribadisce ulteriormente l'esistenza della trasmissione spontanea in questione (v. act. 6, pag. 2), per cui la critica del ricorrente risulta comunque infondata. Anche questa censura, oltre ad essere tardiva, non si rivela dunque né decisiva né di conseguenza ammissibile ex art. 32 cpv. 2 PA.

4. L'insorgente sostiene che l'esposto dei fatti contenuto nella domanda di assistenza giudiziaria ucraina sarebbe lacunoso e contraddittorio, e non permetterebbe nemmeno di verificare l'adempimento della condizione della doppia punibilità.

4.1 4.1.1 Per quanto attiene alla domanda di assistenza, gli art. 14 CEAG e 28 AIMP esigono in sostanza che essa sia scritta, che indichi l'ufficio da cui emana e all'occorrenza l'autorità competente per il procedimento penale, il suo oggetto, il motivo, la qualificazione giuridica del reato, i dati, il più possibile precisi e completi, della persona contro cui è diretto il procedimento penale, presentando altresì un breve esposto dei fatti essenziali, al fine di permettere allo Stato rogato di verificare che non sussistano condizioni ostative all'assistenza (DTF 129 II 97 consid. 3; 118 Ib 111 consid. 5b pag. 121, 547 consid. 3a; 117 Ib 64 consid. 5c; TPF 2015 110 consid. 5.2.1). Ciò non implica per lo Stato richiedente l'obbligo di provare la commissione del reato, ma solo quello di esporre in modo sufficiente le circostanze sulle quali fonda i propri sospetti, per permettere allo Stato richiesto di escludere la sussistenza di un'inammissibile ricerca indiscriminata di prove (v. su questo

tema DTF 129 II 97 consid. 3.1; 125 II 65 con- sid. 6b/aa; 122 II 367 consid. 2c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.92 del 18 luglio 2017 consid. 2.2). L'autorità rogata non si scosta

- 11 -

dall'esposto dei fatti contenuto nella domanda, fatti salvi gli errori, le lacune o altre contraddizioni evidenti ed immediatamente rilevati (DTF 142 IV 250 con- sid. 6.3; 136 IV 4 consid. 4.1; 133 IV 76 consid. 2.2; 132 II 81 consid. 2.1; 118 Ib 111 consid. 5b pag. 121 e seg; TPF 2011 194 consid. 2.1.).

4.1.2 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 866). Nel diritto interno, tale principio è espresso all'art. 64 cpv. 1 AIMP. Il giudice dell'assistenza e prima di esso le autorità d'esecuzione non devono 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, ma semplicemente vagliare, 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 con- sid. 3b/aa pag. 546; 116 Ib 89 consid. 3b/bb; 112 Ib 576 consid. 11b/bb pag. 594). 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). Diversamente dall'ambito estradizionale, le misure di cooperazione sono già ammesse se la condizione della doppia punibilità è ossequiata alla luce di una singola fattispecie (sentenza del Tribunale federale 1C_138/2007 del 17 luglio 2007 consid. 2.3 e rinvii). La 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 (v. sentenza del Tribunale federale 1A.205/2006 del 7 dicembre 2006 consid. 3.2 e sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.36 del 7 maggio 2007 consid. 1 con rinvii).

4.2 4.2.1 In concreto, la rogatoria ha ben illustrato l'oggetto del procedimento penale estero, ampiamente ripreso dal MPC nella decisione impugnata. In particolare, "l'attività di indagine condotta dall'autorità rogante ha [...] permesso di appurare che dopo l'approvazione del programma di rifinanziamento da parte della banca E. avvenuta nel 2016, funzionari e azionisti della banca B., ossia A. e F., che dovevano garantire circa la tenuta della banca, erano obbligati a intraprendere misure volte all'aumento di capitale nell'ordine di (equivalenti) USD 3,6 miliardi, ciò che sarebbe dovuto avvenire modificando la struttura dei prestiti sino ad allora messa in atto, in particolare trasferendo gli stessi a entità con sufficienti indici di rendimento e con il deposito di garanzie aggiuntive. Nonostante queste

- 12 -

chiare direttive contenute nel programma di risanamento e gli obblighi degli ex azionisti di maggioranza, nel corso del 2016 ben 193 prestiti erogati a entità sotto il controllo degli ex

azionisti sono stati in seguito trasferiti verso trentasei società - la maggior parte delle quali di nuova creazione - che non disponevano di mezzi finanziari sufficienti per rimborsare i prestiti, non disponendo in aggiunta nemmeno dei requisiti per ottenerli, data l'assenza di reali attività commerciali. Inoltre venivano applicati tassi di interesse sensibilmente inferiori ai tassi di mercato unitamente a dei termini di rimborso molto estesi. Tutte queste trentasei società alle quali sono stati trasferiti i vecchi prestiti sono collegate alla banca B. e non vi sono fonti chiare, certe e trasparenti in ordine alla loro capacità economica. In altre parole, l'indagine ha permesso di acclarare che la banca B. ha concesso prestiti a società senza procedere a una valutazione della loro solvibilità e senza ottenere delle garanzie, come invece previsto contrattualmente. Come conseguenza di tutto quanto appena descritto, l'elevata esposizione debitoria della banca B. ha minacciato il sistema finanziario dell'Ucraina a causa dell'importanza sistemica che questo istituto finanziario ricopriva" (act. 1.3, pag. 2). Da quanto emerso dalle indagini estere, nonché sulla base d'informazioni comunicate dal MPC all'autorità rogante, "emerge che il conto oggetto della presente decisione è stato alimentato, in data 13 maggio 2014, da un bonifico di USD 5 milioni - in provenienza da un conto intestato allo stesso A. presso la filiale cipriota della banca B.- che l'autorità estera sospetta possa avere la propria origine nel sistema dei prestiti fraudolenti, e quindi di condotte distrattive, a danno della banca B." (ibidem, pag. 4).

Quanto precede soddisfa le esigenze normative e giurisprudenziali poste in materia di esposto dei fatti. Il quadro generale dell'inchiesta, il ruolo dei soggetti coinvolti, le condotte loro rimproverate, la cruciale importanza del bonifico di 5'000'000.- USD a favore del conto del ricorrente, il legame con le presunte distrazioni a danno della banca B., tutti questi elementi sono dettagliatamente descritti nella rogatoria e permettono di valutare la sussistenza o meno di eventuali condizioni ostative all'assistenza. Errori, lacune o altre contraddizioni non sono in alcun modo ravvisabili. Per il resto, non spetta al giudice dell'assistenza approfondire ulteriormente la fattispecie oggetto d'inchiesta, tantomeno ottenere le prove dei contestati reati. Sarà proprio la documentazione litigiosa a permettere all'autorità estera di progredire nella sua attività investigativa e di acclarare ulteriormente le condotte mosse a carico dei soggetti indagati e in particolare del ricorrente. La censura va dunque respinta.

4.2.2 Inoltre, se trasposti nel contesto giuridico elvetico, i fatti sopra descritti possono senz'altro essere sussunti ai reati di amministrazione infedele (art. 158 CP) e appropriazione indebita (art. 138 CP), per cui la condizione della doppia punibilità è senz'altro ossequiata. Le censure in merito del ricorrente riguardano in sostanza il diritto ucraino, segnatamente la natura pubblica o privata della banca B., e altri aspetti specifici che non rientrano nell'esame del giudice

- 13 -

svizzero dell'assistenza, né sotto il profilo della doppia punibilità né sotto altri profili rilevanti in ambito di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale.

4.3 In sede di replica, il ricorrente contesta la competenza del NABU per presentare la contestata rogatoria, nella misura in cui esso non figurerebbe nella lista delle autorità ucraine autorizzate all'uopo (v. art. 6 PAII CEAG).

4.3.1 L'art. 3 n. 1 CEAG prevede che la Parte richiesta farà eseguire, nelle forme previste dalla sua legislazione, le commissioni rogatorie relative a un affare penale che le saranno trasmesse dalle autorità giudiziarie della Parte richiedente e che hanno per oggetto di

compiere atti istruttori o di comunicare mezzi di prova, inserti o documenti. Secondo l'art. 4 n. 1 PAII CEAG, che sostituisce l'art. 15 CEAG, le domande d'assistenza giudiziaria così come ogni informazione spontanea sono trasmesse per scritto dal Ministero di Giustizia della Parte richiedente al Ministero di Giustizia della Parte richiesta e rispedite per la stessa via. Tuttavia possono essere trasmesse direttamente dall'autorità giudiziaria della Parte richiedente all'autorità giudiziaria della Parte richiesta e rispedite per la stessa via. Giusta l'art. 6 PAII CEAG, che sostituisce l'art. 24 CEAG, ogni Stato, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratificazione, accettazione, approvazione o adesione, indica, mediante dichiarazione trasmessa al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità considera come autorità giudiziarie ai fini della presente Convenzione. Successivamente può, in qualsiasi momento e secondo le medesime modalità, modificare i termini della sua dichiarazione.

4.3.2 In concreto, questa Corte ha già avuto modo di affermare che il NABU è un'autorità giudiziaria legittimata a presentare domande di assistenza giudiziaria in materia penale alla Svizzera (v. sentenza del Tribunale penale federale RR.2016.271 del 4 maggio 2017 consid. 10; v. anche ZIMMERMANN, op. cit., n. 560, nota 33). Esso ha del resto già più volte ottenuto in passato assistenza da parte elvetica (v. rapporto di attività 2020 dell'UFG, Assistenza giudiziaria internazionale, pag. 23). Il fatto che tale autorità non figuri nell'elenco di cui all'art. 6 PAII CEAG, disposizione di natura puramente pratico-organizzativa, non inficia quanto precede. Appurato che la rogatoria del NABU è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale per reati corruttivi di sua competenza (www.nabu.gov.ua/en/about-the-bureau/zasadi-roboti/zapytannya-vidpovidi/), a seguito peraltro di una precedente trasmissione spontanea d'informazioni effettuata dal MPC (v. art. 17.2), la censura in questione, tardiva e non decisiva ai sensi dell'art. 32 cpv. 2 PA, risulta inammissibile.

- 14 -

5. Il ricorrente afferma che, contrariamente a quanto indicato nella rogatoria, il sequestro della documentazione litigiosa, soggetta al segreto bancario, necessiterebbe di un ordine del giudice ucraino, il quale farebbe difetto.

5.1 L'autorità svizzera d'esecuzione è tenuta, in virtù dei trattati di cui sopra al consid. 2.1, a prestare la più ampia assistenza giudiziaria possibile che le viene richiesta da una parte contraente. Di principio, non deve pronunciarsi sulla compatibilità dell'assistenza giudiziaria con il diritto dello Stato richiedente, dovendo essa soltanto esaminare se l'assistenza giudiziaria è ammissibile secondo il diritto nazionale e internazionale applicabili (v. sentenze del Tribunale penale federale RR.2021.17 del 29 aprile 2021 consid. 3 ; RR.2007.143 del 3 dicembre 2007 consid. 4; ZIMMERMANN, op. cit., n. 558 pag. 591 e seg.). Se una domanda di assistenza giudiziaria valida è stata presentata in Svizzera, l'autorità richiesta non è di regola tenuta ad una presa in esame di decisioni emesse nel frattempo nello Stato richiedente (v. sentenze del Tribunale penale federale RR.2021.53-54 del 20 maggio 2021 consid. 5.1). La concessione di assistenza in materia penale presuppone la competenza repressiva dello Stato richiedente; la decisione sulla propria competenza spetta di principio allo Stato rogante e può essere respinta soltanto nei casi in cui le autorità giudiziarie di quest'ultimo risultino manifestamente incompetenti a procedere, ovvero se la loro competenza viene fondata in maniera arbitraria (DTF 126 II 212 consid. 6; TPF 2013 97 consid. 5.2).

5.2 In concreto, il NABU ha presentato alla Svizzera una domanda di assistenza nell'ambito di una procedura penale contro ignoti al fine di ottenere documentazione riguardante svariate relazioni bancarie sulle quali sarebbero giunti valori patrimoniali legati alle distrazioni a danno della banca B. Nella sua rogatoria, esso afferma che «das NAB sieht vor, dass die angefragten Informationen und Unterlagen von der Staatsanwaltschaft der Schweizerischen Eidgenossenschaft erhalten werden können. In diesem Zusammenhang, nach der Gesetzgebung der Ukraine, und zwar nach Art. 93 der Strafprozessordnung der Ukraine, braucht man die Gerichtserlaubnis für den Erhalt der genannten Unterlagen und Information nicht» (atto 01-00-0008 incarto MPC). Ora, ribadito che non tocca di principio al giudice dell'assistenza approfondire il contenuto del diritto estero, questa Corte ritiene che, alla luce della dichiarazione dell'autorità ucraina, della cui veridicità, in virtù del principio della buona fede tra Stati (v. DTF 144 II 206 consid. 4.4 e rinvii), non vi è motivo di dubitare, va semplicemente preso atto del fatto che secondo il diritto procedurale ucraino l'autorizzazione in questione non è necessaria. In base all'art. 76 lett. c AIMP in questi casi è sufficiente una conferma da parte dello Stato richiedente che questi provvedimenti sono ammissibili. Ulteriori verifiche da parte del giudice dell'assistenza non sono previste né in virtù dei trattati in concreto applicabili né del diritto nazionale (v. sentenza del Tribunale federale 1C_342/2023 del 14 luglio

- 15 -

2023 consid. 2.2). La censura, che potrà semmai essere presentata dinanzi al giudice del merito estero, va quindi respinta.

E. 6

Il ricorrente sostiene, infine, che la contestata trasmissione sarebbe contraria al principio della proporzionalità, nella misura in cui verrebbero consegnati all'autorità ucraina anche documenti inutili per la sua inchiesta. A suo avviso, l'autorità d'esecuzione avrebbe altresì ordinato la trasmissione di documenti non richiesti dall'autorità estera.

E. 6.1

Il principio della proporzionalità esige che vi sia una connessione fra la documentazione richiesta e il procedimento estero (DTF 139 II 404 consid. 7.2.2; 136 IV 82 consid. 4.1/4.4; 130 II 193 consid. 4.3; 129 II 462 consid. 5.3; 122 II 367 consid. 2c; TPF 2017 66 consid. 4.3.1), tuttavia 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 (DTF 136 IV 82 consid. 4.1; sentenza del Tribunale penale federale RR.2019.257 del 12 febbraio 2020 consid. 2.1). Lo Stato richiesto non dispone infatti dei mezzi per pronunciarsi sull'opportunità di assumere determinate prove e non può sostituirsi in questo compito all'autorità estera che conduce le indagini (DTF 132 II 81 consid. 2.1 e rinvii). La richiesta di assunzione di prove può essere rifiutata solo se il principio della proporzionalità è manifestamente disatteso (DTF 139 II 404 consid. 7.2.2 pag. 424; 120 Ib 251 consid. 5c; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017 consid. 3.1 e rinvii) o se la domanda appare abusiva, le informazioni richieste essendo del tutto inidonee a far progredire le indagini (DTF 136 IV 82 consid. 4.1; 122 II 134 consid. 7b; 121 II 241 consid. 3a; sentenza del Tribunale penale federale RR.2017.21 dell'8 maggio 2017 consid. 3.1 e rinvii).

Inoltre, da consolidata prassi, quando le autorità estere chiedono informazioni per ricostruire flussi patrimoniali di natura criminale si ritiene che necessitino di regola

dell'integralità della relativa documentazione, in modo tale da identificare tutte le persone o entità giuridiche coinvolte e chiarire con sufficiente ampiezza diacronica l'origine e la destinazione dei flussi monetari sospetti (v. DTF 129 II 462 consid. 5.5; 124 II 180 consid. 3c inedito; 121 II 241 consid. 3b e c; sentenze del Tribunale federale 1A.177/2006 del 10 dicembre 2007 consid. 5.5; 1A.227/2006 del 22 febbraio 2007 consid. 3.2; 1A.195/2005 del 1° settembre 2005 in fine; sentenza del Tribunale penale federale RR.2019.257 del 12 febbraio 2020 consid. 2.1). Lo Stato richiedente dovrebbe in linea di principio essere informato di tutte le transazioni effettuate attraverso i conti utilizzati dalle soggettività in questione e che possano far parte del meccanismo delittuoso messo in atto (v. sentenza del Tribunale penale federale RR.2014.4 del 30 luglio 2014 consid. 2.2.2). L'autorità d'esecuzione deve interpretare la richiesta

- 16 -

secondo il senso che le può essere ragionevolmente attribuito. A tale proposito, nulla si oppone ad un'interpretazione estesa della richiesta, a condizione che tutti i requisiti per l'accoglimento della domanda siano adempiuti. Naturalmente è anche possibile che i conti in questione non siano stati utilizzati per ricevere proventi di reati o per effettuare trasferimenti illeciti, ma l'autorità richiedente ha comunque interesse a poterlo verificare essa stessa, sulla base di una documentazione completa, tenendo presente che l'assistenza reciproca è finalizzata non solo alla raccolta di prove incriminanti ma anche a discarico (sentenza del Tribunale federale 1A.88/2006 del 22 giugno 2006 consid. 5.3; sentenza del Tribunale penale federale RR.2007.29 del 30 maggio 2007 consid. 4.2). La trasmissione dell'intera documentazione potrà evitare altresì che le autorità debbano inoltrare eventuali domande complementari (DTF 136 IV 82 consid. 4.1; 121 II 241 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1C_486/2008 dell'11 novembre 2008 consid. 2.4; sentenza del Tribunale penale federale RR.2011.113 del 28 luglio 2011 consid. 4.2), con evidente intralcio alle esigenze di celerità (v. anche art. 17a cpv. 1 AIMP). In base alla giurisprudenza, l'esame da parte delle autorità di esecuzione e del giudice dell'assistenza va orientato alla cosiddetta utilità potenziale, secondo cui la consegna giusta l'art. 74 AIMP è esclusa soltanto per quei mezzi di prova certamente privi di rilevanza per il procedimento penale all'estero (DTF 134 II 318 consid. 6.4; 126 II 258 consid. 9c; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b; TPF 2010 73 consid. 7.1). Il principio dell'utilità potenziale ha un ruolo cruciale nell'ambito dell'assistenza in materia penale. Lo scopo di tale cooperazione è proprio quello di favorire la scoperta di fatti, informazioni e mezzi di prova, compresi quelli di cui l'autorità estera non sospetta neppure l'esistenza. Non si tratta soltanto di aiutare lo Stato richiedente a provare i fatti già emersi, ma di svelarne altri, se ne esistono. Ne deriva, per l'autorità d'esecuzione, un dovere di esaustività che giustifica la comunicazione di tutti gli elementi da essa raccolti e potenzialmente idonei alle indagini estere, al fine di chiarire in tutti i suoi aspetti i meccanismi delittuosi sotto la lente degli inquirenti esteri (sentenze del Tribunale penale federale RR.2010.173 del 13 ottobre 2010 consid. 4.2.4/a e RR.2009.320 del 2 febbraio 2010 consid. 4.1).

Il principio della proporzionalità impedisce inoltre all'autorità rogata di agire ultra petita, ovvero di andare oltre i provvedimenti postulati dall'autorità richiedente, concedendo allo Stato rogante un'assistenza maggiore di quella richiesta (cosiddetto "Übermassverbot", DTF 116 Ib 96 consid. 5b; 115 Ib 186 consid. 4; 115 Ib 373 consid. 7). Secondo la giurisprudenza questo non esclude tuttavia la possibilità di interpretare la commissione rogatoria nel senso che ragionevolmente le si può attribuire, se del caso in maniera ampia,

a condizione che tutti i requisiti per concedere l'assistenza siano comunque adempiuti (DTF 121 II 241 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1A.258/2006 del 16 febbraio 2007 consid. 2.3). Alle predette condizioni possono quindi essere trasmessi delle informazioni e dei documenti non espressamente menzionati nella domanda di

- 17 -

assistenza (TPF 2009 161 consid. 5.2; sentenze del Tribunale penale federale RR.2010.39 del 28 aprile 2010 consid. 5.1, e RR.2010.8 del 16 aprile 2010 consid. 2.2) ed incombe alla persona toccata dalla misura dimostrare in maniera chiara e precisa perché i documenti e le informazioni in questione vanno oltre il senso che si può ragionevolmente attribuire alla domanda rogatoriale, rispettivamente non presentano nessun interesse per la procedura estera.

E. 6.2

Nella fattispecie, alla luce di quanto già esposto in precedenza, l'utilità potenziale della documentazione litigiosa è certamente data (v. supra consid. 4.2.1). Come indicato dalla giurisprudenza (v. supra consid. 6.1), vista la natura dei reati ipotizzati, tutta la documentazione bancaria va trasmessa alle autorità ucraine, affinché queste possano ricostruire tutti i flussi di denaro di potenziale origine criminale. Il fatto che il conto oggetto della presente decisione è stato alimentato, in data 13 maggio 2014, da un bonifico di USD 5 milioni – in provenienza da un conto intestato allo stesso ricorrente presso la filiale cipriota della banca B. – che l'autorità estera sospetta possa avere la propria origine nel sistema dei prestiti fraudolenti, e quindi di condotte distrattive, a danno della banca B., dimostra palesemente l'utilità potenziale della documentazione in questione. Spetterà comunque al giudice estero del merito valutare se dalla documentazione bancaria inoltrata emerge in concreto una connessione penalmente rilevante fra i fatti oggetto della procedura penale in Ucraina e la stessa documentazione. In definitiva, la trasmissione di quest'ultima rispetta il principio della proporzionalità.

E. 7

In conclusione, il ricorso va respinto nella misura della sua ammissibilità e la decisione impugnata confermata.

E. 8

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 nella fattispecie a complessivi fr. 5'000.–, a carico del ricorrente; essa è coperta dall'anticipo delle spese già versato.

- 18 -