

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numero dell'incarto: RR.2008.304

Sentenza del 28 maggio 2009 **Il Corte dei reclami penali**

Composizione

Giudici penali federali Cornelia Cova, Presidente,
Giorgio Bomio e Roy Garré,
Cancelliere Giampiero Vacalli

Parti

A., rappresentato dall'avv. Pietro Simona,

Ricorrente

contro

MINISTERO PUBBLICO DEL CANTONE TICINO,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
alla Germania

Consegna di mezzi di prova (art. 74 AIMP)

Fatti:

- A.** Il 30 luglio 2008 la Procura pubblica di Oldenburg (Germania) ha presentato alla Svizzera una domanda di assistenza giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di B., C., D. e A. per amministrazione infedele e truffa (§ 266 e 263 Codice penale tedesco), sottrazione fiscale (§ 369 e 370 Legge tributaria tedesca), nonché riciclaggio (§ 261 Codice penale tedesco). In sostanza, gli indagati sono sospettati di aver importato, allestendo dichiarazioni doganali false, carne dal Brasile a prezzi gonfiati al fine di ridurre i dazi doganali all'importazione e di beneficiare del ristorno del maggior prezzo. Più precisamente, B. è sospettato, in qualità di dirigente di diverse società del gruppo E., domiciliate a Z. in Germania, di aver importato, con la complicità di C., cittadino germanico, carne di pollo dal Brasile allestendo false dichiarazioni doganali tendenti ad ottenere il ristorno da parte delle autorità doganali germaniche del maggior prezzo ottenuto grazie a dichiarazioni doganali. Somme di denaro sarebbero inoltre state accreditate su ordine di B. su un conto in Lussemburgo della società F., in Brasile, appartenente all'ex direttore della società G. (Europa) A., conto sul quale gli indagati C. e D., anche quest'ultima cittadina germanica, disporrebbero di una procura. Dalla rogatoria risulta che due importi, uno di EUR 404'050.- e l'altro di USD 657'650.-, frutto delle infrazioni contestate agli indagati, sarebbero giunti sul conto lussemburghese della società F. e che un importo di EUR 61'500 sarebbe stato accreditato nel 2003 sul conto n. 1 presso la banca H., succursale di Lugano, di pertinenza di A. Nella sua domanda di assistenza l'autorità rogante ha postulato l'audizione, in qualità di testimone, dell'impiegato della banca H. che si è occupato del conto in questione, nonché la trasmissione della relativa documentazione bancaria a partire dal 1° gennaio 2003.
- B.** Mediante decisione del 22 agosto 2008, il Ministero pubblico del Cantone Ticino è entrato in materia sulla domanda presentata dall'autorità tedesca ordinando l'identificazione e la perquisizione presso la banca H. delle relazioni riconducibili ad A., in particolare del suddetto conto, con il sequestro della relativa documentazione.
- C.** Con decisione di chiusura del 10 novembre 2008 l'autorità d'esecuzione ha accolto la rogatoria, autorizzando la trasmissione all'autorità richiedente degli atti seguenti: lettera del 29 agosto 2008 della banca H. con annessa documentazione concernente le relazioni n. 1 e n. 2, quest'ultima intestata alla società I. Inc.; lettera del 2 settembre 2008 della banca H. con annessa documentazione concernente la relazione n. 2.

- D.** Il 12 dicembre 2008 A. ha impugnato la precitata decisione presso la II Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, chiedendone l'annullamento.
- E.** Con osservazioni del 15 gennaio 2009 l'Ufficio federale di giustizia (UFG) postula la reiezione del ricorso. Nella sua risposta del 19 gennaio 2009, il Ministero pubblico ticinese chiede che il gravame venga respinto. Tali scritti sono stati inviati per conoscenza al patrocinatore del ricorrente il 23 gennaio seguente.

Diritto:

1.

- 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) e 9 cpv. 3 del relativo Regolamento (RS 173.710) il primo grado di giurisdizione ricorsuale in materia di cooperazione internazionale in materia penale compete alla II Corte dei reclami penali (Corte dell'assistenza giudiziaria).
- 1.2** I rapporti di cooperazione in materia penale fra la Confederazione Svizzera e la Repubblica federale di Germania sono anzitutto retti dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, entrata in vigore il 20 marzo 1967 per la Svizzera ed il 1° gennaio 1977 per la Germania (CEAG; RS 0.351.1). Allo scopo di agevolare l'applicazione di questa convenzione multilaterale, completandone altresì i contenuti normativi, Svizzera e Germania hanno inoltre concluso un Accordo completo del 13 novembre 1969 (RS 0.351.913.61), entrato in vigore il 1° gennaio 1977 (in seguito: l'Accordo completo). Di rilievo nella fattispecie è anche la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990, entrata in vigore il 1° settembre 1993 per la Svizzera ed il 1° gennaio 1999 per la Germania (RS 0.311.53).
- 1.3** Il 27 novembre 2008 il Consiglio dell'Unione europea ha deciso la piena applicazione degli accordi d'associazione della Svizzera a Schengen e Dublino a partire dal 12 dicembre 2008 (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 327/15-17, del 5 dicembre 2008). Secondo costante giurisprudenza in materia di assistenza giudiziaria internazionale si applica il diritto in vigore al momento della decisione (DTF 122 II 422 consid. 2a; 112 Ib 576 consid. 2; 109 Ib 62 consid. 2a, 157 consid. 3b; sentenza del Tribunale federa-

le 1A.96/2003 del 25 giugno 2003, consid. 2.2; sentenza TPF RR.2007.178 del 29 novembre 2007, consid. 4.3), ferma restando la possibilità di derogare a tale regola mediante contrarie disposizioni di diritto intertemporale. Ne consegue che in virtù degli art. 2 n. 1 e 15 n. 1 dell'Accordo del 26 ottobre 2004 tra la Confederazione Svizzera, l'Unione europea e la Comunità europea, riguardante l'associazione della Svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen (RS 0.360.268.1; in seguito: l'Accordo Schengen), nelle relazioni di cooperazione in materia penale con la Germania sono applicabili anche gli art. 59 e segg. (in materia di estradizione) nonché 48 e segg. (in materia di altra assistenza) della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985 (CAS) tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativi all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (n. CELEX 42000A0922(02); Gazzetta ufficiale L 239/19-62 del 22 settembre 2000).

Per i rapporti con la Germania sono infine già entrate in vigore le disposizioni dell'Accordo di cooperazione fra la Confederazione Svizzera, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri dall'altro, per lottare contro la frode e ogni altra attività illecita che leda i loro interessi finanziari, concluso il 26 ottobre 2004 (in seguito: l'Accordo sulla lotta contro la frode; RS 0.351.926.81, FF 2004 pag. 5273 e segg., 5483 e segg.). Anche se tale Accordo non è ancora entrato in vigore nei rapporti tra tutti gli Stati dell'UE, la Svizzera e la Germania, come prevede l'art. 44 n. 3 dello stesso Accordo, l'8 e l'9 gennaio 2009, si sono reciprocamente notificate una dichiarazione di applicazione bilaterale, motivo per cui l'Accordo prende effetto 90 giorni dopo la data di ricevimento della seconda notificazione, segnatamente il 9 aprile 2009 (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 46/6-7 del 17 febbraio 2009; SR 0.351.926.81 pag. 24 con relativa tabella sullo stato del processo di ratifica e dell'applicazione provvisoria dell'Accordo sulla lotta contro la frode). A differenza del sopraccitato CAS l'Accordo sulla lotta contro la frode prevede tuttavia una disposizione di diritto intertemporale, la quale esclude l'applicabilità dell'Accordo per commissioni rogatorie relative a attività illecite commesse prima del 26 aprile 2005 (v. art. 46). In che misura la commissione rogatoria qui in esame, di per sé in parte rientrante *ratione materiae* nel campo di applicazione dell'Accordo sulla lotta contro la frode (v. art. 2), trovi qui applicazione non è del tutto chiaro, viste le imprecisioni contenute nella rogatoria relativamente all'ubicazione temporale di certe infrazioni perseguite in Germania. Il presunto atto di riciclaggio costituito dall'accredito di EUR 61'500.- a favore del conto n. 1 è avvenuto l'11 settembre 2003 (v. infra consid. 2.2), mentre i presunti reati a monte devono evidentemente essere stati commessi prima di tale data. Per tali presunte infrazioni l'Accordo sulla lotta contro la frode non è quindi applicabile. Diverso il discorso per eventuali infrazioni commesse

dopo il 26 aprile 2005. Ad ogni modo, giova constatare che l'applicabilità o meno dell'Accordo in questione – il quale è destinato a facilitare ulteriormente la cooperazione tra gli Stati aderenti – risulta irrilevante per l'esito della rogatoria, nella misura in cui l'assistenza giudiziaria, come si vedrà qui di seguito, può essere concessa già solo sulla base del diritto applicabile menzionato al consid. 1.2.

- 1.4** Alle questioni che il prevalente diritto internazionale contenuto in detti trattati non regola espressamente o implicitamente, come pure quando il diritto nazionale sia più favorevole all'assistenza rispetto a quello pattizio, 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 124 II 180 consid. 1a; 123 II 134 consid. 1a; 122 II 140 consid. 2). È fatto salvo il rispetto dei diritti fondamentali (DTF 123 II 595 consid. 7c, con rinvii dottrinali).
- 1.5** 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 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).
- 1.6** Il ricorso è stato tempestivamente interposto contro una decisione di consegna di mezzi di prova secondo l'art. 74 AIMP, resa dall'autorità cantonale di esecuzione. I requisiti di ammissibilità di cui agli art. 80k, così come 80e cpv. 1 in relazione con l'art. 25 AIMP, sono pacificamente dati.
- 1.7** La ricevibilità del gravame presuppone tuttavia anche la legittimazione a ricorrere dell'insorgente giusta l'art. 80h AIMP. In base a quest'ultima disposizione, oltre all'UFG (art. 80h lett. a AIMP), ha diritto di ricorrere 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 (art. 80h lett. b AIMP; v. anche l'art. 21 cpv. 3 AIMP per quanto concerne le persone contro cui è diretto il procedimento penale all'estero). Il concetto di persona toccata ai sensi dei predetti articoli di legge trova concretizzazione sia nella giurisprudenza che all'art. 9a OAIMP. Per essere considerato personalmente e direttamente toccato da una misura di assistenza giudiziaria internazionale, il ricorrente deve avere un legame sufficientemente stretto con la decisione litigiosa (DTF 123 II 161 consid. 1 d/aa). L'interesse da cui rampolla la qualità per agire può essere giuridico o fattuale. Esso non deve necessariamente corrispondere a quello tu-

telato dalla norma invocata. Occorre però che il ricorrente sia toccato più di altri, rispettivamente del collettivo degli amministrati, in un interesse importante, risultante dalla sua posizione per rapporto all'oggetto della contestazione. Un interesse degno di protezione esiste allorquando la situazione di fatto o di diritto del ricorrente può essere influenzata dall'esito della causa: è necessario che un eventuale accoglimento del ricorso gli procuri un vantaggio di natura economica, materiale oppure ideale. Il ricorso proposto soltanto nell'interesse della legge oppure di un terzo non è ammissibile (DTF 126 II 258 consid. 2d; 125 II 356 consid. 3b/aa; 124 II 409 consid. 1 e/bb, 499 3b pag. 504; 123 II 115 consid. 2a). Più concretamente, nel caso di una richiesta d'informazioni su un conto bancario è considerato personalmente e direttamente toccato il titolare del conto (v. art. 9a lett. a OAIMP; DTF 118 Ib 547 consid. 1d), così come nelle perquisizioni domiciliari questa qualità spetta al proprietario o al locatario (v. art. 9a lett. b OAIMP), rispettivamente nell'ambito di misure concernenti un veicolo a motore al detentore dello stesso (v. art. 9a lett. c OAIMP). In via giurisprudenziale è stato altresì precisato che la legittimazione a ricorrere compete alla persona direttamente sottoposta a una misura coercitiva (perquisizione, sequestro o interrogatorio; DTF 130 II 162 consid. 1.1; 128 II 211 consid. 2.3; 127 II 198 consid. 2d; 126 II 258 consid. 2d; 124 II 180 consid. 1b), mentre gli interessati toccati solo in maniera indiretta, come ad esempio il mero avente diritto economico di un conto bancario, non possono impugnare tali provvedimenti (DTF 122 II 130 consid. 2b e rinvii).

In quanto titolare del conto, il ricorrente è dunque legittimato a ricorrere contro la trasmissione della lettera del 29 agosto 2008 e della documentazione bancaria concernente il conto n. 1 presso la banca H. a Lugano. La legittimazione ricorsuale deve per contro essergli negata per quanto riguarda l'inoltro della documentazione relativa al conto n. 2 intestato alla società I. Inc., a Tortola (BVI), del quale egli risulta unicamente l'avente diritto economico.

2. L'insorgente lamenta una violazione del principio della proporzionalità, per avere il Ministero pubblico ticinese ordinato la trasmissione di documenti irrilevanti e inutili per il procedimento estero, procedendo in realtà ad una ricerca indiscriminata di prove.
- 2.1 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'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, 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), sia manifestamente disatteso (DTF 120 Ib 251 consid. 5c; TPF RR.2007.18 del 21 maggio 2007, consid. 6.3, non pubblicato in TPF 2007 57) 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). In base alla giurisprudenza l'esame va quindi limitato 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 126 II 258 consid. 9c pag. 264; 122 II 367 consid. 2c; 121 II 241 consid. 3a e b). Vietata in particolare è la cosiddetta fishing expedition, la quale è definita dalla giurisprudenza una ricerca generale ed indeterminata di mezzi di prova volta a 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 non è consentito in ambito di assistenza internazionale sia alla luce del principio della specialità che di quello della proporzionalità (PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basilea 2001, pag. 280 n. 414 e pag. 204 e seg. n. 309). Tale divieto si fonda semplicemente sul fatto che è inammissibile procedere a casaccio nella raccolta delle prove (DTF 113 Ib 257 consid. 5c).

- 2.2** Nella fattispecie, va preliminarmente rilevato e criticato il carattere minimalista dell'esposto dei fatti presentato dalle autorità tedesche, esposto al limite dell'accettabile per quanto riguarda il rispetto degli art. 14 n. 2 CEAG, 27 n. 1 Convenzione sul riciclaggio, 28 cpv. 2 lett. b AIMP nonché 10 cpv. 2 OAIMP. Dalla rogatoria si intuisce certo che le infrazioni oggetto dell'inchiesta estera sarebbero state commesse in Germania, ma dove più precisamente non è dato sapere. Pure problematica è risultata l'ubicazione temporale dei predetti reati, avendo dovuto questo Tribunale procedere in maniera inferenziale e accontentarsi di stabilire un periodo attorno a settembre 2003, fissato tra il 2001 ed il 2007 (cfr. documento del 17 luglio 2008 intitolato "Vermerk" redatto dall'autorità rogante; in ambito di riciclaggio v. comunque DTF 129 II 97 consid. 2). Ciò detto, il ricorrente è indagato nell'inchiesta tedesca per il reato di riciclaggio di denaro (v. rogatoria pag. 3). Egli è titolare del conto n. 1, in relazione al quale l'autorità estera avrebbe già potuto individuare alcune operazioni sospette (v. ricorso pag. 4), in particolare un accredito dell'11 settembre 2003 di EUR 61'500.- proveniente dal conto n. 3 presso la banca J. SA, a Luxembourg, di pertinenza del co-indagato B. (v. rogatoria pag. 3; documento del 17 luglio 2008 intitolato "Vermerk" redatto dall'autorità rogante; nota telefonica dell'11 settembre 2003 redatta dalla banca J. SA; estratto bancario trimestrale del 30

settembre 2003 concernente le operazioni in Euro). Invocando la prescrizione per le operazioni antecedenti il 1° gennaio 2003 – fatto questo che, a suo dire, sarebbe già stato ammesso dall'autorità rogante (v. ricorso pag. 4 punto 5.2) -, il ricorrente dichiara: "l'unica transazione che entra in linea di conto per eventuali accuse a carico del signor A. è già interamente nota agli inquirenti tedeschi; in effetti, ammesso ma non concesso che il ricorrente si sia reso colpevole di riciclaggio, tale reato risulterebbe già realizzato con i bonifici avvenuti" (v. ricorso pag. 4 punto 5.3). In quest'ottica, la domanda di assistenza sarebbe ridondante e superflua, configurandosi un'evidente fishing expedition. Orbene, va innanzitutto rilevato che, provenendo l'importo di EUR 61'500.- dal conto di un indagato a destinazione del conto di un altro indagato, appare evidente e giustificato verificare se tale denaro sia di origine criminale. In questo ambito, giova constatare che, quando le autorità estere chiedono informazioni su conti bancari allo scopo di ricostruire il flusso di fondi di sospetta origine criminale, la natura stessa di dette inchieste rende verosimile la necessità di acquisire l'integralità della documentazione bancaria. Ciò perché gli inquirenti debbono poter individuare il titolare giuridico ed economico del conto e sapere a quali persone sia pervenuto l'eventuale provento del reato (DTF 121 II 241 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1C_486/2008 dell'11 novembre 2008, consid. 2.4). Nella fattispecie, l'autorità d'esecuzione, pur avendone la possibilità, ha deciso, basandosi strettamente sulla rogatoria (v. pag. 4), di non inoltrare tutta la documentazione relativa al conto n. 1, ma di trasmettere unicamente quella relativa al periodo dal 2003 in avanti, modo di procedere che in realtà coincide con le aspettative del ricorrente, secondo il quale la documentazione concernente gli anni precedenti non sarebbe rilevante per l'inchiesta estera a causa della prescrizione. Va qui ricordato che se anche vi fosse un problema di prescrizione – tutto da verificare, compito che non spetta però all'autorità elvetica (v. DTF 118 Ib 266 consid. 4b/bb pag. 268; 117 Ib 53 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 1A.227/2006 del 22 febbraio 2007, consid. 3.3) – il bisogno di stabilire la provenienza e di ricostruire il flusso di denaro frutto dell'asserita attività illecita oggetto dell'inchiesta tedesca avrebbe al limite addirittura reso possibile anche l'invio della documentazione anteriore al 2003. Fatto sta che, constatata la sufficiente relazione tra le misure d'assistenza richieste e l'oggetto del procedimento penale estero (DTF 129 II 462 consid. 5.3; 125 II 65 consid. 6b/aa; 122 II 367 consid. 2c), spetterà al giudice estero del merito valutare se dalla documentazione bancaria sequestrata emerge un'effettiva connessione tra i fatti perseguiti all'estero ed il conto in questione. Risulta comunque evidente che l'autorità rogante non si sta assolutamente muovendo a caso nella sua ricerca di materiale probatorio, soprattutto se, come nella fattispecie, la domanda di assistenza menziona in maniera precisa le coordinate della relazione bancaria oggetto della decisione impugnata nonché le operazioni bancarie sospette. Tenuto conto di tutto quanto precede, vi è da concludere

che la domanda di assistenza estera non costituisce una fishing expedition e che la trasmissione della documentazione litigiosa non viola né il principio dell'utilità potenziale né quello della proporzionalità.

3. Discende da quanto precede che il ricorso deve essere respinto nella misura della sua ammissibilità. Le spese seguono la soccombenza (v. art. 63 cpv. 1 PA richiamato l'art. 30 lett. b LTPF). La competenza del Tribunale penale federale di disciplinare i dettagli relativi alla determinazione delle tasse di giustizia si fonda sull'art. 15 cpv. 1 lett. a LTPF e sulla relativa giurisprudenza (v. sentenze TPF RR.2007.17 del 30 aprile 2007, consid. 2; RR.2007.6 del 22 febbraio 2007, consid. 5; RR.2007.31 del 21 marzo 2007, consid. 4). La tassa di giustizia è calcolata conformemente all'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.-.

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

1. Il ricorso è respinto nella misura della sua ammissibilità.
2. La tassa di giustizia di fr. 5'000.- è posta a carico del ricorrente. Essa è coperta dall'anticipo delle spese già versato.

Bellinzona, 29 maggio 2009

In nome della II Corte dei reclami penali
del Tribunale penale federale

La Presidente:

Il Cancelliere:

Comunicazione a:

- Avv. Pietro Simona
- Ministero Pubblico del Cantone Ticino
- Ufficio federale di giustizia, Settore Assistenza giudiziaria

Informazione sui rimedi giuridici

Il ricorso contro una decisione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 10 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 e 2 lett. b LTF). Il ricorso è ammissibile soltanto se concerne un'estradizione, un sequestro, la consegna di oggetti o beni oppure la comunicazione di informazioni inerenti alla sfera segreta e se si tratti di un caso particolarmente importante (art. 84 cpv. 1 LTF). Un caso è particolarmente importante segnatamente laddove vi sono motivi per ritenere che sono stati violati elementari principi procedurali o che il procedimento all'estero presenta gravi lacune (art. 84 cpv. 2 LTF).