

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numero dell'incarto: RR.2010.23+RP.2010.6

Sentenza dell'8 aprile 2010

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. Stefano Ferrari,

Ricorrente

contro

MINISTERO PUBBLICO DEL CANTONE TICINO,

Controparte

Oggetto

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale
all'Italia

Presenza di funzionari esteri (Art. 65a AIMP)
Decisione incidentale

Visti:

- la domanda di assistenza giudiziaria del Tribunale per le indagini preliminari N° 26 di Madrid del 10 febbraio 2009 e il successivo complemento del 3 novembre 2009 presentati alla Svizzera nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di A. per truffa (art. 248 Codice penale spagnolo); domanda finalizzata all'audizione dell'indagato in presenza del Giudice e Magistrato del Tribunale per le indagini preliminari N° 26 di Madrid, B., della Segretaria giudiziale di tale Tribunale, C., del rappresentante del Ministero pubblico spagnolo, D., e degli avvocati della denunciante E. SA, F. o G.;
- la decisione di entrata in materia e esecuzione emessa l'11 gennaio 2010, mediante la quale il Ministero pubblico del Cantone Ticino ha autorizzato la presenza delle persone summenzionate all'audizione dell'indagato;
- il ricorso del 26 gennaio 2010 interposto da A. tendente all'annullamento parziale del dispositivo n. 4 della predetta decisione incidentale: in via principale, nel senso che la presenza alla sua audizione deve essere ammessa per tutte le persone menzionate in rogatoria fatta eccezione per la E. SA, questo per evitare che la stessa utilizzi in maniera anticipata, causandole quindi un pregiudizio immediato ed irreparabile, informazioni riguardanti la sfera segreta che sarebbero disponibili soltanto in seguito ad una decisione di chiusura da parte dell'autorità d'esecuzione; in via subordinata, nel senso che la presenza alla sua audizione deve essere ammessa per tutte le persone menzionate in rogatoria fatta eccezione per la E. SA e per il Ministero pubblico estero;
- la domanda di effetto sospensivo presentata nell'ambito del predetto ricorso;
- la decisione del 27 gennaio 2010, mediante la quale il Tribunale penale federale ha concesso l'effetto sospensivo a titolo supercautelare (RP.2010.6);
- le osservazioni del 10 febbraio 2010 a conclusione delle quali il Ministero pubblico ticinese propone la reiezione del ricorso nonché la revoca dell'effetto sospensivo;
- lo scritto del 17 febbraio 2010, mediante il quale l'Ufficio federale di giustizia (di seguito: UFG) propone di dichiarare inammissibile il ricorso e divenuta priva d'oggetto la domanda d'effetto sospensivo;

- la replica del 26 febbraio 2010, mediante la quale il ricorrente si riconferma nelle conclusioni espresse nel suo gravame;
- le dupliche dell'8 e 12 marzo 2010 del Ministero pubblico ticinese risp. dell'UFG, mediante le quali dette autorità ribadiscono le loro conclusioni espresse in sede di risposta.

Considerato:

- che il ricorso è stato presentato entro il termine di dieci giorni di cui all'art. 80k AIMP;
- che in virtù dell'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG; RS 0.351.1) se la Parte richiedente ne fa domanda espresa, la Parte richiesta l'informerà della data e del luogo d'esecuzione della commissione rogatoria. Le autorità e le persone in causa potranno assistere all'esecuzione se la Parte richiesta vi acconsente;
- che secondo l'art. 65a della legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP; RS 351.1) ai partecipanti al processo estero può essere consentita la presenza ad operazioni di assistenza giudiziaria nonché la consultazione degli atti qualora lo Stato richiedente ne faccia richiesta in base al suo ordinamento giuridico (cpv. 1); la loro presenza può parimenti essere ammessa qualora possa agevolare considerevolmente l'esecuzione della domanda o il procedimento penale all'estero (cpv. 2); tale presenza non può avere come conseguenza che fatti inerenti alla sfera segreta siano portati a loro conoscenza prima che l'autorità competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza (cpv. 3);
- che la presenza di funzionari esteri che conducono l'inchiesta è atta a facilitare in maniera considerevole l'esecuzione della domanda di assistenza, di modo che la loro partecipazione all'esecuzione della stessa deve essere largamente concessa (sentenze del Tribunale federale 1A.369/1996 del 28 gennaio 1997, consid. 4; 1A.85/1996 del 4 giugno 1996, consid. 5b);
- che la presenza di autorità dello Stato rogante durante l'esecuzione della domanda di assistenza agevola l'applicazione del principio della propor-

zionalità, segnatamente per quanto riguarda la cernita della documentazione alla quale l'autorità d'esecuzione deve procedere, per il motivo che senza questa collaborazione e tenuto conto dell'ampio potere d'apprezzamento concesso al giudice estero del merito, l'autorità d'esecuzione sarebbe spesso tentata di trasmettere più documenti del dovuto (DTF 122 II 367 consid. 2b; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3a ediz., Berna 2009, n. 408);

- che il ricorso contro una decisione che autorizza funzionari esteri a partecipare all'esecuzione della domanda d'assistenza è ricevibile solo se il ricorrente rende verosimile che la predetta decisione gli cagiona un pregiudizio immediato e irreparabile ai sensi dell'art. 80e cpv. 2 lett. b AIMP;
- che un pregiudizio immediato e irreparabile può essere preso in considerazione soltanto nel caso previsto dall'art. 65a cpv. 3 AIMP;
- che questo rischio può essere evitato se l'autorità rogante fornisce delle garanzie atte ad impedire un'utilizzazione anticipata e prematura delle informazioni nell'ambito del procedimento estero (DTF 128 II 211 consid. 2.1 pag. 215; sentenze del Tribunale federale 1A.3/2007 del 11 gennaio 2007, consid. 2.3 e 1A.217/2004 del 18 ottobre 2004, consid. 2.6; ZIMMERMANN, *op. cit.*, n. 409);
- che secondo costante giurisprudenza, in materia di assistenza giudiziaria internazionale, il divieto di utilizzare le informazioni raccolte, di effettuare delle fotocopie e di accedere ai verbali di audizioni costituiscono delle garanzie sufficienti (DTF 131 II 132 consid. 2.2 p. 134; sentenza del Tribunale federale 1A.225/2006 del 6 marzo 2007, consid. 1.5.1, pubblicata in *Pra* 11/2007 n. 130; sentenza del Tribunale federale 1A.215/2006 del 7 novembre 2006, consid. 1.3; in questo senso anche ZIMMERMANN, *op. cit.*, n. 409);
- che per quanto riguarda eventuali appunti presi in occasione della consultazione degli atti, essi devono restare nell'incartamento svizzero (TPF 2008 116 consid. 5.1);
- che nella fattispecie, la presenza del Giudice e Magistrato del Tribunale per le indagini preliminari N° 26 di Madrid, B., della Segretaria giudiziale di tale Tribunale, C., nonché del rappresentante del Ministero pubblico spagnolo, D. è condizionata alla sottoscrizione da parte loro di una dichiarazione di garanzia mediante la quale essi si impegnano segnatamente ad adottare un atteggiamento puramente passivo durante le misure di esecuzione della domanda di assistenza e a non utilizzare le eventuali informazioni risultanti dall'assunzione delle prove di cui potreb-

bero venire a conoscenza durante la loro presenza in Svizzera nell'ambito della procedura spagnola prima che l'autorità svizzera competente abbia deciso sulla concessione e la portata dell'assistenza;

- che il contenuto della dichiarazione di garanzia sopraccitata deve adempiere i requisiti fissati dalla giurisprudenza (cfr. sentenze del Tribunale penale federale RR.2008.259-260 del 2 ottobre 2008 e RR.2008.106-107 del 17 giugno 2008, consid. 3);
- che, nei termini descritti dalla giurisprudenza, il ricorrente non si oppone alla presenza del Giudice e Magistrato del Tribunale per le indagini preliminari N° 26 di Madrid, B., della Segreteria giudiziale di tale Tribunale, C., nonché del rappresentante del Ministero pubblico spagnolo, D., ritenendo invece problematico l'intervento della denunciante, nonché parte lesa, E. SA;
- che la citata giurisprudenza sviluppata dal Tribunale federale nel contesto dell'art. 65a AIMP riguarda di per sé la presenza di autorità estere ad operazioni di assistenza giudiziaria;
- che, sebbene di principio ammessa dalla giurisprudenza (v. sentenza del Tribunale federale 1A.46/1989 del 10 maggio 1989, consid. 2), la presenza del denunciante o della parte lesa ad un interrogatorio rogatorio deve essere richiesta e motivata dall'autorità rogante;
- che nella fattispecie quest'ultima ha sì postulato la presenza della E. SA all'interrogatorio dell'indagato, ma non ha tuttavia spiegato perché tale presenza sia necessaria;
- che in concreto si giustifica di entrare nel merito del ricorso, non potendosi escludere l'insorgenza di un danno immediato ed irreparabile per il ricorrente;
- che quest'ultimo, in sede di replica, ha proposto che la E. SA consegni all'autorità rogante una lista con le domande che esso desidererebbe porre all'indagato, senza dunque partecipare direttamente all'interrogatorio, proposta alla quale l'autorità d'esecuzione ha dichiarato, in sede di duplice, di non opporsi;
- che deve senz'altro essere dato seguito a tale soluzione, nella misura in cui essa permette di salvaguardare gli interessi del ricorrente senza pregiudicare la presente procedura di assistenza;
- che il ricorso deve dunque essere accolto;

- che la domanda di effetto sospensivo è divenuta priva di oggetto, mentre l'effetto sospensivo concesso a titolo supercautelare deve essere revocato;
- che non si prelevano spese;
- che, giusta l'art. 64 cpv. 1 PA, richiamato l'art. 30 lett. b LTPF, l'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente una indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (ripetibili);
- che in concreto l'indennità per ripetibili, calcolata in applicazione del Regolamento sulle ripetibili nei procedimenti davanti al Tribunale penale federale (RS 173.711.31), deve essere fissata a fr. 1'500.- (IVA compresa), importo a carico del Ministero pubblico ticinese in quanto autorità inferiore giusta l'art. 64 cpv. 2 PA;
- che l'importo di fr. 3'000.- versato dal ricorrente a titolo di anticipo delle spese deve essergli restituito dalla Cassa del Tribunale penale federale.

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

1. Il ricorso è accolto.
2. La domanda d'effetto sospensivo è divenuta priva d'oggetto.
3. L'effetto sospensivo concesso a titolo supercautelare è revocato.
4. Non si prelevano spese. La Cassa del Tribunale restituirà al ricorrente l'importo di fr. 3'000.- versato a titolo di anticipo delle spese.
5. Il Ministero pubblico del Cantone Ticino verserà al ricorrente un importo di fr. 1'500.- a titolo di ripetibili.

Bellinzona, 9 aprile 2010

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

La Presidente:

Il Cancelliere:

Comunicazione a:

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

Informazione sui rimedi giuridici

Contro la presente sentenza non è dato alcun rimedio giuridico (v. art. 93 cpv. 2 LTF).